Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache

in seinen Voraussetzungen und besonderen Wirkungen

nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät

der Universität Leipzig

eingereicht von

Leonhard Mainz

Referendar in Hamburg.

Hamburg 1909.

Druck von Berngruber & Henning, Dovenfleth 28.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0120

Meinen lieben Eltern.

Der Gerechtigkeit sollst Du nachjagen.
(Deuteronomium 16, 20.)

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches? (Diss.) Freiburg 1900.

Baron, Pandekten. 3. Aufl. Leipzig 1879.

Bayrische Zeitschrift für Rechtspflege.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Erster Teil, Erlangen 1878, und dritte Abteilung, 2. Hälfte. Herausgegeben von Oertmann, Leipzig 1908.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Band 2. Abt. 2. Aufl. Erlangen 1882.

Corpus iuris civilis, edidit Beck. Lipsiae 1825.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache, nebst einem Anhange über *dicta et promissa,* im 78. Band des Archivs für die ziv. Praxis S. 122 ff. Freiburg 1892.

— System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Band. Tübingen und Leipzig 1902.

— Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.), im 6. Jahrgang 1902 des Rechts S. 333 ff.

Das Recht.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. 2. Band 7. Aufl. Berlin 1903 (zit. Dernburg Pandekten).

— Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Band 2. Abt. 3. Aufl. (zit. Dernburg). Halle 1906.

Deutsche Juristenzeitung (zit. D. J. Z.).

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert. 3. Band. Mannheim 1905.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. In Gruchots Beiträgen Jahrg. 43 S. 305 ff.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Aufl. Bd. 1. Berlin 1903.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Diss.) Greifswald 1900.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1899. (4. Bd. 2. Heft von Fischers Abh. etc.)

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. Bd. 1. Berlin 1903.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands etc. historisch und dogmatisch dargestellt. 4. Aufl. Berlin 1906.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

— des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung 1888, 2. Lesung 1894 und Bundesratsvorlage 1898.

Fick, Stellung einer nur teilweise fehlerhaften Warensendung zur Disposition des Verkäufers. Im 8. Bd. des Archivs für deutsches Wechselrecht S. 21 ff. und S. 129 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze. 6. Aufl. München 1904.

Gans, Das aedilitische Edikt leidet keine Ausdehnung und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge. Im 2. Band des Archivs für ziv. Praxis, S. 112 ff. Heidelberg 1819.

Glück, Erläuterung der Pandekten, 17. Teil 1. Abt., Erlangen 1815, und 20. Teil 1. Abt., Erlangen 1819.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch system. dargestellt. 1. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt, Über die Statthaftigkeit der aedilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf. In Goldschmidts Zeitschr. füs das gesamte Handelsrecht. 19. Bd. S. 98 ff.

Gotthardt, Die Viehgewährschaft. Im 65. Bd. von Seufferts Blättern für Rechtsanwendung S. 41 ff.

Goudefroy, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. (Diss.) Rostock 1902.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1. Abt. Berlin 1883.
Heise-Cropp, Vom Handel nach Probe. In Heise-Cropps »Juristischen Abhandlungen«, 1 Bd. S. 208 ff. Hamburg 1827.
Herter, Zur Auslegung der §§ 490 und 492 BGB. Im 35. Jahrg. (1906) der Juristischen Wochenschrift S. 731 ff.
Hirsch. Garantieleistung für Gesundheit eines Haustieres. Im Recht, Jahrg. 1904, S. 476.
Ihering, *culpa in contrahendo*. In Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 16 ff.
Juristische Wochenschrift.
Karlowa, Römisehe Rechtsgeschichte. 2. Bd. Leipzig 1901.
v. Keller, Pandekten. 2. Aufl. 2. Bd. Leipzig 1867. (Zit. Keller Pandekten.)
Keller, Herm., Über das Verhältnis des aedilitischen Edikts zum Zivilrecht in der Lehre von der Gewähr der Mängel an verkauften Sachen. In Keller und Sells Jahrb. des römischen Rechts 3 Bd. S. 86 ff. Braunschweig 1844.
Kipp, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? In den Verhandl. des 27. Deutschen Juristentages. Berlin 1904. S. 249, 288 ff.
Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Im sächs. Arch. Bd. 9 S. 273.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Berlin 1906.
Krückmann-Ströse, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf etc. Neudamm 1904.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 2. Aufl. 2. Bd. Berlin 1903.
Laband, Zum 2. Buch des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Im Archiv für die ziv. Praxis Bd. 74.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erste Hälfte. Berlin 1904.
Langbein, Die Gewährleistung wegen Mängel der Ware beim Gattungskaufe. (Diss.) Leipzig 1902.
Leiendecker, Zur Rechtssprechung des Reichsgerichts. Im 72. Bd. (1907) von Seufferts Blättern f. Rechtsanwendung.
Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht.
Leistner. Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Diss.) Erlangen 1900.
Lobes Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Auflage. 1. Bd. Teil II. Berlin 1904.

Marcus, Gegenseitiges Verhältnis der §§ 479 und 390 Satz 2 BGB. Im 9. Jahrg. (1905) des Rechts S. 40.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1. Bd. 3. Aufl. Berlin 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1. und 2. Abt. Braunschweig 1853 und 1855.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin und Leipzig 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Auflage 2. Teil. Halle 1838.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (zit. O. L. G.)

Neumann, Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Bd. 4. Aufl. Berlin 1905.

— Jahrbuch des deutschen Rechtes.

Neumann (Kottbus), Gewährleistung beim Viehkauf. Im Jahrg. 1903 der Deutschen Juristenzeitung S. 52 ff.

Neustetel, Bemerkungen zum aedilitischen Edikt. In Neustetel und Zimmerns römisch-rechtlichen Untersuchungen. 1. Bd. S. 155 ff. Heidelberg 1821.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Pernice, Labeo, römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. 2. Bd. Abt. II, 1. Halle 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. Berlin 1897.

Puchta, Kursus der Institutionen. Bd. 1. 10. Aufl. Leipzig 1893.

Römer, Haftung für zugesicherte Eigenschaften. Im Jahrg. 1904 der Deutschen Juristenzeitung S. 591.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Salkowski, Institutionen. 8. Aufl. Leipzig 1902.

Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (zit. bayr. Oberst. L. G.)

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd 3. Berlin 1840.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1903. (9. Bd. 3. Heft von Fischers Abh.)

Schneider, Über die Mängelanzeige beim Viehhandelsrecht. (Im Jahrg. 1903 der Deutschen Juristenzeitung S. 100.)

Schneider, Zusicherung beim Kauf. Im Recht 1903 S. 522.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.
— Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Im 49. Band von Iherings Jahrb. S. 93 ff.
Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach Bürgerlichem Gesetzbuche (§§ 459—480.) Berlin 1903.
Schultetus, Die Haftung des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. (Diss.) Leipzig 1907.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Bd. 3. Aufl. Leipzig 1868.
Sohm, Institutionen. 11. Aufl. Leipzig 1903.
Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Dissertation.) Erlangen 1900.
Stamm, Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft. (Diss.) Leipzig 1902.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 2. Bd. Berlin 1907.
Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 3./4. Aufl. Bd. 2. Lieferung 2. München 1908. (Zit. Staudinger.)
Steinke, Der Begriff der zugesicherten Eigenschaften und die Haftung dafür, insbesondere die des Verkäufers. (Diss.) Halle 1904.
Stephan, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Berlin 1903.
Stölzle, Zusicherung der Gesundheit des Tieres bedeutet Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 492 BGB. im Recht, Jahrg. 1904 S. 299 ff.
v. Tuhr, Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Im 6. Jahrg. (1901) der Deutschen Juristenzeitung S. 446.
Treitschke, Der Kaufkontrakt. Leipzig 1838.
Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. 2. Bd. Leipzig 1840. (Zit. Unterholzner, Schuldverhältnisse.)
— Von dem Verkauf mangelhafter Sachen. Im 6. Bd. des Archivs für die zivile Praxis S. 60 ff. Heidelberg 1823. (Zit. Unterholzner, Archiv.)
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 3. Bd. Marburg und Leipzig 1876.
Wächter, Pandekten, besonderer Teil. Leipzig 1881.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Werner, Die Schadensersatzberechung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse. Im 9. Jahrg. (1905) des Rechts S. 303 ff.
Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. 1. Bd. München 1898.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des bürgerl. Rechts bearbeitet. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
Zitzlaff, Zu § 492 BGB. Im Recht Jahrg. 1904 S. 42.

Inhaltsangabe.

Seite

§ 1. **I. Vorbemerkung:** Begrenzung der Aufgabe 1

II. Hauptteil:

A. Gemeines Recht.

§ 2. 1. Begriff der *dicta et promissa* und seine Entwickelung 4

§ 3. 2. Anwendungsgebiet der *dicta et promissa* 14

3. Das Nichtvorhandensein der *dicta et promissa*:

§ 4. a. Allgemeines 23

§ 5. b. Der Zeitpunkt des Fehlens der *dicta et promissa* 25

§ 6. c. Ausschluß der Haftung 27

d. Die *actio empti:*

§ 7. *α*. Inhalt 29

§ 8. *β*. Verhältnis zur *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* 42

§ 9. *γ*. Verjährung 48

§ 10. 4. Besonderheiten des Genuskaufs ... 50

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 11. 1. Begriff der Zusicherung 55

§ 12. 2. Begriff der Eigenschaft 68

3. Das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften.

§ 13. a. Allgemeines 79

§ 14. b. Der Zeitpunkt des Fehlens der zugesicherten Eigenschaften .. 80

Seite

c. Ausschluß der Haftung.

§ 15. α. Kenntnis des Käufers vom Fehlen der zugesicherten Eigenschaften 84

§ 16. β. Vorbehaltlose Annahme der als mangelhaft erkannten Sache 87

§ 17. γ. Der Pfandkauf 91

d. Der Schadensersatzanspruch.

§ 18. α. Inhalt 94

§ 19. β. Verhältnis zum Wandelungs- und Minderungsanspruch .. 106

§ 20. γ. Verjährung 110

4. Besonderheiten:

§ 21. a. des Kaufs nach Probe 114

§ 22. b. des Viehkaufs 116

§ 23. c. des Gattungskaufs 125

§ 24. **III. Schluß:** Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse 129

§ 1.

I. Vorbemerkung.

Begrenzung der Aufgabe.

Das bürgerliche Gesetzbuch beginnt den speziellen Teil der Schuldverhältnisse mit den Rechtsvorschriften über den Kauf und deutet so schon durch die Stellung, die es dem Kauf im Systeme des Obligationenrechts anweist, darauf hin, daß es den Kauf als den wichtigsten und umfassendsten Typ der vertraglichen Schuldverhältnisse angesehen wissen will.

Der Kauf gehört zu den gegenseitigen Verträgen, d. h. beiden miteinander kontrahierenden Parteien liegen äquivalente Verpflichtungen ob, die dem Vertrage entspringen. Der Verkäufer ist verpflichtet, das Gut, die vereinbarte Ware, zu liefern. Der Käufer dagegen hat den festgesetzten Kaufpreis zu zahlen.

Ein Vertrag, der durch einen so gestalteten Wertaustausch berufen ist, die wichtigste Rolle im wirtschaftlichen Verkehrsleben zu spielen, hat deshalb von Alters her in allen Rechtssystemen die eingehendste Beachtung und genaueste Regelung der in ihm auftauchenden Rechtsfragen gefunden. Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat ihm eine Reihe auch für andere Verträge vorbildliche Vorschriften gewidmet

und ihm den breitesten Raum im System seines Rechts der Schuldverhältnisse gewährt.

Wie nun überhaupt das BGB. besonders im Obligationenrecht auf den Vorschriften seines ehrwürdigen Vorgängers, des römisch-gemeinen Rechts, aufgebaut ist, so hat sich das BGB. auch in seinen Vorschriften über den Kauf und innerhalb dieses Gebietes in hervorragender Weise bezüglich der Vorschriften bei Mängeln der Kaufsache dem römisch-gemeinen Recht angeschlossen. Wenn wir also im folgenden das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache und seine besonderen Wirkungen einer Betrachtung unterziehen wollen, so wird es nicht unnütz erscheinen, auch das römisch-gemeine Recht in unsere Erörterung einzuschließen, um desto klarer die Entwickelung des gewordenen Rechts aus seinen geschichtlichen Keimen zu erkennen.

Es mag hier gleich bemerkt werden, daß wir unter dem Kauf einer »Sache« im Sinne dieser Abhandlung nur den Kauf eines körperlichen Gegenstandes verstehen wollen.

Die Tatsache des Fehlens zugesicherter Eigenschaften bedeutet nun einen Mangel der verkauften Sache. Das bürgerliche Gesetzbuch gewährt in diesem Falle eine Reihe von Klagen, damit sich der Käufer ihrer als Schutzmittel gegen Übervorteilung durch den Verkäufer bediene. Nach § 462 BGB. kann der Käufer wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. zu vertreten hat, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. § 463 BGB. gibt dem Käufer beim Fehlen der zuge-

sicherten Eigenschaften noch außerdem einen Schadensersatzanspruch.

Es soll nun nicht unsere Aufgabe sein, die Wandelung und Minderung, jene, was ihren Inhalt und Vollzug betrifft, schon so oft behandelten Rechtsgebiete des Näheren zu beleuchten, sondern wir wollen uns darauf beschränken, die Voraussetzungen und besonderen Wirkungen, welche gerade das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache gegenüber den sonstigen Gewährleistungsvorschriften zeitigt, zu besprechen, und vornehmlich uns mit dem in § 463 BGB. gegebenen Schadensersatzanspruch näher beschäftigen.

Auch im gemeinrechtlichen Teil unserer Arbeit wollen wir hauptsächlich nur die *actio empti* in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, während wir die *actio redhibitoria* und die *actio quanti minoris* nur soweit erörtern werden, als sie mit der *actio empti* konkurrieren.

II. Hauptteil.

A. Gemeines Recht.

§ 2.

1. Begriff der *dicta et promissa* und seine Entwickelung.

Um ein Bild davon zu gewinnen, welche Rechtsfolgen das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf hat, haben wir als Voraussetzung vorerst das Wesen der zugesicherten Eigenschaften festzulegen.

Da wir diese Frage zunächst nach gemeinem Recht beantworten wollen, so haben wir nach einem Rechtsbegriff zu forschen, der im Systeme des römisch-gemeinen Rechts dasjenige bedeutete, was wir heute unter zugesicherten Eigenschaften verstehen. Dies waren offenbar die *dicta et promissa.*[1]

Die Worte *dicta et promissa* deuten nun schon bei oberflächlicher Betrachtung an, daß sie zwei sich nicht deckende, nach Inhalt und Folgen verschiedene Erklärungen enthalten. (*dicta* von *dicere* = sagen, angeben; *promissa* von *promittere* = zusagen, versprechen.)

---

[1] Die Ausdrucksweise *„dicta et promissa"* statt *„dicta promissa"* ist u. E. vorzuziehen, da, wie wir gleich sehen werden, *dicta* nicht nur formell nicht dasselbe wie *promissa* bedeuteten, sondern auch verschiedene materiell-rechtliche Wirkungen aufwiesen.

Das *promittere* entwickelte sich zuerst aus der Stipulation, dem ältesten römischen Verbalkontrakt, dessen Anfänge man in Gestalt der *sponsio* bis in das römische Sakralrecht verlegen will.[2] Das *spondere* war die formvolle Tätigkeit des einen Vertragschließenden, durch die er sich in feierlichen Worten verpflichtete, die vom Vertragsgegner verlangte Leistung auf Grund der *stipulatio* zu erfüllen. (*centumne dare spondes? spondeo.*) Diese *sponsio* besaß infolge ihrer abstrakten allgemeinen Vertragsnatur eine ungemeine Brauchbarkeit und bewährte ihre vielseitige Verwendbarkeit für die verschiedenartigsten Verkehrsfunktionen. Sie war jedoch nur unter römischen Bürgern mit rechtlicher Wirkung ausgestattet. Es mußte sich daher der Wunsch und das Bedürfnis regen, ein ähnliches abstraktes Verbalgeschäft auch für den Verkehr der römischen Bürger mit Peregrinen bezw. der Peregrinen unter sich zu schaffen. Es kam daher zunächst der Begriff des *„fidem promittere“* auf, dessen Bezeichnung allgemein auf *„promittere“* abgekürzt wurde und dann auch Peregrinen gegenüber Wirksamkeit gewann.[3]

Erhalten blieb aber der Stipulation und damit dem in ihr sonach enthaltenen *„promittere“* der formelle Charakter. Dies war der Entwickelungsgang der formellen *promissio*.

Daß es daneben auch eine formlose *promissio* gab, zeigt die l. 19 § 2 D 21, 1, in der von einer *„nuda promissio“* die Rede ist. Wir sehen somit, daß die *promissa*, die aus den eben dargestellten Arten der

[2] Vergl. Bechmann I, S. 348—349, sowie Karlowa S. 699 und die dort Zitierten.

[3] Vergl. zu dem eben Ausgeführten Karlowa, a. a. O. S. 702.

promissio entspringen, bald formvoll, bald formlos sind.

Anders dagegen die *dicta*. Diese sind immer einseitig und formlos und stehen so in einem tiefgreifenden Gegensatze zu den *promissa*. Das *dicere* bringt nicht wie die *promissa* eine konstitutive Willenserklärung zum Ausdruck, sondern eine deklarative und konstatierende. Wie das richterliche Urteil das ausspricht, was ist, so bringt auch der Verkäufer durch *dicere* eine für den Vertragsabschluß bezw. für den Inhalt und Umfang des Vertrags relevante Tatsache zur Anzeige und Konstatierung, wogegen das *promittere* als Formalakt eine unmittelbare Richtung auf die Rechtserzeugung hat.[4]

Auf diesen Unterschied weisen schon die Quellen hin, da die l. 19 § 2 D. 21, 1 sagt: *„dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.“*

Wir haben bisher aber nur den formell-rechtlichen Unterschied der *dicta* und *promissa* dargelegt. Schwieriger gestaltet sich der materiell-rechtliche Gegensatz zwischen *dicta* und *promissa* bei der Frage nach der Haftung des Verkäufers, und zwar tritt dies besonders bei der Enwickelung der *dicta* hervor. Für *promissa* wurde stets dann gehaftet, wenn sie der *stipulatio* entsprangen. Denn dieser Verbalkontrakt war um seiner Wortform willen gültig und klagbar, mag der Schuldner etwas bekommen haben oder nicht. Der Gläubiger

[4] Vergl. Bechmann I, S. 252—253.

brauchte weiter nichts nachzuweisen als die abgeschlossene Stipulation: die *verba* sind es, welche den Schuldner obligieren.[5]

Die *nuda promissio* dagegen, wie sie in obiger l. 19 § 2 D. 21, 1 erwähnt wird, war als formloses Versprechen klaglos.[6]

Um aber nun den Begriff der *dicta* in seiner materiellen Bedeutung für das Kaufrecht im Gegensatz zu den *promissa* darzustellen, wird es notwendig sein, einen kurzen Blick auf die Entwickelung des Kaufkontrakts im römischen Recht zu werfen. Die den Kauf betreffenden Vorschriften des römischen Rechts überhaupt haben in zwei Hauptquellen ihren Ursprung, nämlich im *ius civile* der XII Tafeln und dem Recht der kurulischen Aedilen.

Diese letzteren waren hohe Beamte der Marktpolizeiverwaltung, welche darüber zu wachen hatten, daß sich der Marktverkehr in einer allen Beteiligten, also sowohl Verkäufer wie Käufer, förderlichen Weise abwickelte. Besonders mußte dabei den Verkäufern auf die Finger gesehen werden, daß sie sich nicht eine Übervorteilung des Käufers zuschulden kommen ließen.

Daß gerade die Verkäufer es waren, die häufig einen unehrlichen Handel bevorzugten und das Gesetz zu umgehen suchten, deutet die l. 172 D. 50, 17 an, in der Paulus sagt: „*In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.*“ So sagt auch l. 1, § 2 D. 21, 1: „*causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et*

[5] Vergl. Sohm, S. 378.
[6] Vergl. Sohm, a. a. O. S. 379.

emtoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint.“

Wir können also vorläufig sagen, daß die Einführung des ädilitischen Edikts offenbar ein Mittel war, um Schäden, die das System des *ius civile* nicht zu unterdrücken vermocht hatte, zu beseitigen.[7]

Gemäß dem *ius civile* war aber nun die älteste Kaufvertragsform die Mancipation. *Die mancipatio* ist der feierliche Kauf *per aes et libram.* Vor fünf Zeugen (*cives romani puberes*) wird den Kaufpreis darstellendes ungemünztes Kupfermetall *(aes, raudus, rauduscalum)* durch einen gelernten Wägemeister *(libripens)* dem Verkäufer zugewogen und von dem Käufer mit feierlichen Worten an der gekauften Sache als an seinem Eigentum mit der Hand Besitz ergriffen (daher die Bezeichnung der Handlung als »Handgriff«).[8]

Eine der Folgen dieses formenstrengen altrömischen Vertrags, war zunächst die, daß nur das, was der Manzipant in dem Akt der Mancipation mündlich versprochen hatte *(lex mancipii)*, nach altem Recht bei Strafe des Doppelten geleistet werden mußte.[9]

Ursprünglich war daher der Verkäufer nicht schuldig, für irgend etwas Gewähr zu leisten, was nicht als

---

[7] Siehe darüber Näheres weiter unten auf S. 11 dieser Abhandlung.

[8] Vergl. Sohm S. 48; Sohm nennt diese Vorschriften zutreffend ein noch ungelenkes, seiner Entwickelung harrendes Verkehrsrecht.

[9] Vergl. Neustetel, S. 183 und Cicero bei Keller in Sells Jahrbüchern III S. 90: „— *nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret* —“ *(de officiis III, 16)*; sowie auch den Satz der zwölf Tafeln selbst: „*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*“

Gegenstand seines Versprechens der ausdrücklichen *nuncupation* einverleibt war.

Wenn wir also die Frage beantworten wollen, ob *dicta*, die der Verkäufer gemacht hatte, beim Kauf im *ius civili* rechtliche Wirkungen überhaupt hervorbringen konnten, so müssen wir uns vorerst darüber im klaren sein, ob *dicta* mit rechtsveränderndem Erfolge überhaupt der *nuncupatio* hinzugefügt werden konnten. Über diese Frage gibt uns als erster Gewährsmann ebenfalls Cicero einigen Aufschluß.[10] Cicero sagt: „*Ac de iure quidem praediorum sanctum est apud nos iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori, nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae lingua essent nuncupata, quae, qui inficiatus esset dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerent, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*“ Trotz dieser Ausführungen Ciceros die immerhin infolge der Erwähnung des Wortes „*dicta*“ den Schluß nahe legen, daß bei der Mancipation sogar formlose *dicta* rechtlich wirksam hinzugefügt werden konnten, ist nach Bechmanns grundlegender Darstellung der *mancipatio* und ihrer Erweiterung[11] zu behaupten, daß nur dann formlose *dicta* eine Haftung des Verkäufers bei der *mancipatio* begründeten, wenn sie entweder eine *actio de modo agri* oder eine *actio auctoritatis* im Gefolge hatten. Letztere *actiones* jedoch waren zur Geltend-

[10] An derselben eben zitierten Stelle; vergl. übrigens zu dieser ganzen Kontroverse Bechmann I. S. 234 ff., 392 ff., besonders S. 301/2; Karlowa S. 625; Ihering, Geist II, 2 S. 530 ff.; Pernice III, 2, S. 119; Hanausek, S. 41 ff.

[11] A. a. O. S. 234 ff.

machung wegen Fehlens einer Eigenschaft der Kaufsache nicht geeignet.[12]

Den Ausführungen Bechmanns ist nun u. E. auch deshalb beizupflichten, weil gerade unsere erste Quelle für diese Frage, nämlich Cicero, in der oben S. 8/9 zitierten Stelle nicht etwa das bloß formlose *dicere* als Verpflichtungsgrund für den Verkäufer hinstellt, sondern weil die *poena dupli* hier als Folge der *reticentia venditoris* erscheint; nicht also die *dicta*, sondern der in der Kaufverhandlung zu Tage getretene *dolus* des Verkäufers, sein arglistiges Verschweigen, sind kausal für die Haftpflicht des Verkäufers.

Wir sehen somit, daß beim Mancipationskauf *dicta* mit rechtlicher Wirkung nicht getan werden konnten.

Und doch finden wir Stellen, in denen die *dicta* eine klagerzeugende Wirkung besitzen. So in l. 13 § 3 D. 19, 1: *Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes.*" Diese Wirkung der *dicta* weist denn auch auf jene bedeutsame Rechtsentwickelung hin, welcher der Kauf durch den Einfluß des *ius gentium* unterworfen worden war. Der Weltverkehr, den das immer mehr erstarkende Rom an sich gezogen hatte, war mit seinen Anforderungen den altväterlichen Formen des *ius civile* gegenüber getreten,[13] und so war aus dem Kauf in Gestalt der formenstrengen *mancipatio* gegen Ende der Republik der formlose Konsensualkontrakt *emptio — venditio* geworden. Mit der rechtlichen Geltung des formlosen Kaufkontrakts aber gewannen auch die formlosen

[12] Vergl. Hanansek S. 42.

[13] Vergl. Sohm S. 69

dicta eine recht fühlbare Wirkung, da der Kauf ein *bonae fidei negotium* geworden war; daher brauchte man keine ausdrücklichen *promissa* mehr, wie wir sie in Gestalt der *stipulatio* sehen, einer *stricti iuris obligatio*, um Zusagen des Verkäufers verpflichtend zu gestalten.

Doch liegt immerhin vom Zeitpunkt der Zwölftafelgesetzgebung bis zum Ende der Republik ein Zeitraum von über vier Jahrhunderten. Sollte es wirklich während jener großen Epoche, in der das alte Rom sich wirtschaftlich mehr und mehr entfaltete, der immerhin schwerfälligen Stipulation bedurft haben, um den Käufer vor Übervorteilung seitens des Verkäufers zu schützen?[14]

Wäre dies der Fall gewesen, so hätte eine derartige Lücke der Zwölftafelgesetzgebung vorgelegen, daß schwere Schädigungen des römischen Handels, soweit ein solcher zu jenen Zeiten sich schon entwickelt hatte, eingetreten wären. Diesen üblen Folgen, die das *ius civile* leicht gezeitigt haben würde, trat um die Mitte des vierten Jahrhunderts *a. Chr. n.*, wie schon oben, S. 8 kurz angedeutet wurde, ein neues Rechtssystem entgegen, das ädilitische Edikt, dessen Vorschriften uns im Digestentitel 21, 1 erhalten sind.

Gegenüber dem formenstrengen Kaufrecht des *ius civile* bestimmte nun das *ius aedilium*, daß der Ver-

---

[14] Daß man sich notgedrungen dieses Mittels bediente, um überhaupt eine Haftung des Verkäufers herbeizuführen, zeigen uns die von Varro in seiner Schrift *„de Re rustica“* II, 10, 5 überlieferten Stipulationen, die der *mancipatio* hinzugefügt zu werden pflegten. So wurde z. B. beim Verkauf eines Sklaven die Stipulation geschlossen: *„Sanum eum esse, furtis noxisque solutum“*; vergl. auch Bechmann I, S. 272, Hanausek S. 43.

käufer nicht bloß wegen versprochener, sondern wegen aller bei der Verhandlung und ihrer Vorbereitung angegebenen Eigenschaften der Kaufsache einzustehen hatte, sowohl für *dicta* als auch für jedwede Art der *promissa*. Dies finden wir ausdrücklich im Wortlaut des ädilitischen Edikts wiedergegeben, das in l. 1 § 1 D. 21, 1 sagt: „*Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur emptori, omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus.*“

Auf diesen Werdegang der *dicta et promissa*, wie er in Obigem dargestellt worden ist, deutet auch Bechmann[15] hin, indem er von der *actio redhibitoria*, einem der ädilitischen Rechtsmittel, sagt: „Die Basis dieser Klage ist gar nicht die *promissio* im formellem Sinne, die Stipulation — denn diese erzeugt immer nur eine *actio ex stipulatu* —, sondern die Zusage in ihrer materiellen Bedeutung als das, worauf sich der Käufer beim Abschlusse des Geschäfts tatsächlich verläßt: darum wird hier nicht nur das formlose Versprechen, sondern auch die bloß konstatierende Aussage, das *dictum*, der zivilrechtlichen Promission gleichgestellt.“

So sehen wir denn, daß seit der Einführung des ädilitischen Edikts ein Unterschied zwischen feierlicher Zusage *(promissio)* und beiläufiger Erwähnung *(dictio)* für den Haftungserfolg des Verkäufers nicht mehr bestand. Diese Gleichheit der Wirkung für *dicta* wie für *promissa* ist dann, wie wir ferner sahen, durch das *ius gentium* auch in das System des *ius civile* einge-

[15] Bechmann I, S. 408.

drungen, sodaß auch formlose Angaben den Verkäufer nach *ius civile* verpflichten konnten. Die nach immer größerer Formfreiheit der Verträge hinstrebende Entwickelung des späteren römischen Rechts ging dann aber endlich so weit, stillschweigenden Zusicherungen eine verpflichtende Wirkung beizumessen,[16] besonders dann, wenn man auf Grund vorausgegangener Parteiverhandlungen ein Stillschweigen oder Unterlassen eines Widerspruchs seitens des Verkäufers als Zusicherung auffassen konnte. Schon zur Zeit Justinians war dies Rechtens, und in dieser Auffassung ist auch die Praxis des gemeinen Rechts bis 1900 verblieben; ohne Rücksicht auf die Form der vorausgegangenen Zusicherung erklärte es den Verkäufer beim Fehlen zugesicherter oder angegebener Eigenschaften für haftbar.[17]

Endlich aber fragt es sich nun, ob selbst im spätesten gemeinen Recht wirklich jedwede *dictio* oder *promissio* geeignet war, eine Haftung des Verkäufers zu begründen. Es mochte nämlich der Verkäufer wie auf dem Markte des alten Rom, so auch in modernen Zeiten seine Ware gern herausstreichen, um guten Absatz zu finden. Sollte jede Behauptung, die der *venditor* bei den Kaufverhandlungen zur Steigerung des Kaufpreises betreffs seiner Ware aufstellte, wobei sein Haftungswille nicht ernst gemeint war und so auch nur vom Käufer aufgefaßt wurde, den Erfolg haben, den Verkäufer mit dem ganzen System der Klagen aus dem *ius civile* und *aedilium* zu verfolgen? Auch hierüber geben uns schon die Quellen Aufschluß, da es im l. 19 § 3 D. 21, 1 heißt: *„Ea autem sola dicta*

[16] Vgl. z. B. l. 6 § 4 D. 19, 1; ebenso Hanausek S. 49.
[17] Vgl. u. a. Seuffert I, 23; R. O. H. G. IV, 161.

sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur.“

Preist also der Verkäufer bloß im allgemeinen seine Ware an, ohne für bestimmte Eigenschaften einzustehen, so verbindet dies den *venditor* nicht. Noch deutlicher sagt dies l. 19 pr. D. 21, 1: *„Sciendum tamen est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent.*“

---

§ 3.

2. Anwendungsgebiet der *dicta et promissa.*

Nachdem wir so die Entwickelung des Begriffs »Zusicherung« in der Gestalt der *dicta et promissa* im römisch-gemeinen Recht verfolgt haben, sei der Gegenstand der *dicta et promissa* und zwar zunächst im reinen römischen Recht betrachtet; mit anderen Worten, welche Sachen und welche Eigenschaften kennen die Quellen, auf die sich die Haftung für *dicta* und *promissa* im römischen Recht bezieht. Der Kaufvertrag des Zwölftafelrechts war, wie wir oben S. 8 ausgeführt haben, die *mancipatio*. Gegenstand dieses Kaufvertrags konnten nur *res mancipi*, solche *res* sein, die den Grundstock des bäuerlichen Vermögens ausmachten.[18] Dies waren bewegliche Sachen, vorzugsweise Sklaven und Vieh, aber auch Grundstücke, der *fundus*.

Die Mancipation hatte nun, wie wir ferner ausführten, den Nachteil, daß nicht für *dicta*, für die bloß

[18] Vgl. Sohm S. 69.

angegebenen Eigenschaften, vom Verkäufer gehaftet werden mußte. Mit dem neuen *ius aedilum* wurde dann auch die Haftung für *dicta* eingeführt. Aber sie hatte nicht sofort den großen Kreis von Gegenständen, auf die sie sich beziehen sollte, wie die *res mancipi* im *ius civile*. Denn das *edictum aedilium* ist überhaupt nur für zwei ganz bestimmte Kaufobjekte eingeführt worden, nämlich für Sklaven und Zugtiere, als die häufigsten Kaufobjekte des römischen Markts.

Was die Sklaven betrifft, so sagt das Edikt[19]: *„Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, iudicium dabimus."* Betreffs der *iumenta* sagt Ulpian *ad edictum* in l. 38 § 3 D. 21, 1: *„Et fere eadem sunt in his, quae in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet. Quicquid igitur illic diximus, huc erit transferendum."* Daraus ist ersichtlich, daß sich die Vorschriften betreffend die *dicta et promissa,* die für den Verkauf von *mancipia* gemacht worden waren, auf den Verkauf von *iumenta* mitbezogen. Damit waren jedoch nicht alle Viehsorten gemeint, sondern nur das Zugvieh. Es ist daher gemäß l. 38 § 5 D. 21, 1 das Edikt auf die *pecora* ganz allgemein ausgedehnt worden: *„Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto."*[20] Doch es konnte dem römischen Rechtsverkehr nicht damit gedient sein, jene erweiternden Bestimmungen des ädilitischen Edikts, das nun auch die bloßen *dicta* mit verpflichtender Kraft umkleidete, bloß auf Sklaven und Vieh und die ihnen eigentümlichen Fehler angewendet zu wissen. Die Jurisprudenz ging daher zunächst einen Schritt weiter

[19] L. 1 § 1 D. 21, 1.

[20] Vgl. Windscheid S. 684, A. 1.

und dehnte diese Vorschriften aus auf unbewegliche Gegenstände, den *fundus*, sodaß der Digestentitel *de aedilicio edicto* 21, 1 mit den Worten beginnt: *„Labeo scribit: edictum curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes.“*[21] Diese Stelle deutet auch durch das Wort *„venditio“* (und nicht *„mancipatio“*) zugleich an, daß, als später gegen Ende der Republik das *ius gentium* auch *res nec mancipi* Gegenstände gültiger Kaufverträge sein ließ, das Edikt auf *res nec mancipi*, also auf alle körperlichen Gegenstände sich beziehen sollte, soweit diese nicht als *res extra commercium* dem Rechtsverkehr überhaupt entzogen waren.

Hier muß noch auf einen Punkt eingegangen werden, der besonders unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern am Anfange des vorigen Jahrhunderts Streit hervorgerufen hat. Was nämlich die Frage betrifft, ob die Haftung des Verkäufers dem ädilitischen Edikt gemäß auch bei anderen Gegenständen als ursprünglich Sklaven und Zugtiere statthaben könne, so hat Gans dies verneint. Eine Verneinung aber wäre auch für unsere Frage nach der Haftung speziell für *dicta et promissa* von schwerwiegenden Folgen. Gans[22] behauptet, und damit befindet er sich im Gegensatz zur überwiegenden Meinung der gemeinrechtlichen Autoren,[23] die Neuerung der Aedilen bestände darin daß sie das-

[21] Ebenso l. 48 § 6, l. 49, l. 63 D. 21, 1; l. 4 C. 4, 58; vgl. Neustetel a. a. O. S. 209; Keller bei Sell S. 121; Glück S. 38/39; Sintenis, a. a. O. S. 615 Anm.; Treitschke a. a. O S. 224.

[22] Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. II, S. 112 ff.

[23] Vgl. Neustetel S. 212 ff., Keller, in Sells Jahrbüchern III S. 121 ff., Windscheid S. 684/85, Stamm ohne Begründung S. 6, Unterholzner, Archiv S. 65.

jenige, was nach altem Zivilrechte schon längst von Grundstücken gegolten habe, auf Sklaven und Zugtiere ausgedehnt hätten. Gans meint damit die Haftung bei Grundstücken wegen *dolus* und führt eine Stelle Ciceros[24] an: *„Nec vero in praediis solum ius civile, a natura ductum, malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione fraus omnis excluditur.“* Dazu die Worte des Edikts:[25] *„Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.“* Die Haftung für *dolus*, die bisher nur bei Grundstücken Platz gegriffen hätte, sei sonach nur auf Sklaven und Zugvieh ausgedehnt worden, im übrigen aber sei für Grundstücke eine Haftung für *dicta et promissa* durch die Aedilen mit den Folgen der *actio redhibitoria* und *quanti minoris* nicht eingeführt worden.

Abgesehen davon nun, daß Gans sich mit seiner Ansicht in Widerspruch zu l. 1 pr. D. 21, 1 befindet, so ist auch sonst kein Grund ersichtlich, der Gansschen Ansicht zu folgen. Denn wenn auch im Wortlaut des aedilitischen Edikts, wie er uns im Digestentitel 21, 1 vorliegt, der *fundus* nicht erwähnt ist, und unter den dort aufgeführten Fehlern nur solche von *servi* und *iumenta* zu finden sind, so ist Gans deshalb nicht beizustimmen, weil die ganze Fassung und auch der Zweck des aedilitischen Edikts es sehr wahrscheinlich machen, daß es wohl schon früher für die Prästation der Mängel bei Sklaven und Zugtieren an bestimmten Vorschriften nicht fehlte, daß vielmehr die Aedilen nur bemüht waren, die bereits bestehenden Regeln zu verstärken und ihnen eine solche Gestalt zu

[24] *De officiis* III 17.
[25] Vgl. l. 1 § 1 D. 21, 1.

geben, wodurch sie dem durch längere Erfahrung fühlbar gewordenen Bedürfnis größerer Sicherheit für den Käufer sich näher anschlossen.[26]

Gestützt wird diese u. E. richtige Ansicht Kellers, besonders auch durch die Interpretation, die Ulpian dem aedilitischen Edikt in l. 1 § 2 D. 21, 1 zu Grunde legt; dort heißt es: *„Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium* etc.“[27] Würde man nun annehmen, daß das Edikt, das zur Unterstützung des Käufers gegeben ist, in einem äußerst wichtigen Falle des römischen Rechtsverkehrs, nämlich beim Verkauf von Grundstücken, versagen würde und dort nur den schon im *ius civile* vorgesehenen Fall des *dolus* als Haftgrund zugelassen hätte, während andererseits die Haftung für *dicta* und alle übrigen Rechtsvorteile des Käufers[28] nicht eingetreten wären, so würde damit das Edikt seinen Zweck, eine Stärkung des Käufers gegenüber dem bisherigen *ius civile* zu bilden, verfehlt haben und keineswegs fortschrittlich wirken.

Daher können wir als Ergebnis der Rechtsentwickelung, das uns das *corpus iuris* Justinians für unsere Frage, auf welche Kaufgegenstände sich die Haftung für *dicta et promissa* beziehen konnte, bietet, behaupten: das aedilitische Edikt führte im Gegensatz zum *ius civile,* wo auf Grund der Zwölftafelgesetzgebung für den Verkäufer nur ein engbegrenztes Haftungsgebiet, nämlich innerhalb der *res mancipi*, vorhanden war, und auch dies nur durch Verbindung der *mancipatio* mit einer *stipulatio*, die Haftung des Verkäufers auch für

[26] Vgl. Keller in Sells Jahrb. III, S. 122.

[27] Vgl. auch S. 7 dieser Abhandlung.

[28] Nämlich die *actio redhibitoria* und die *actio quanti minoris.*

dicta ein, die sich später durch Ausdehnung des Edikts auch auf alle verkehrsfähigen *res nec mancipi* mitbezog.

Es bleibt jetzt noch zu erörtern, welche Eigenschaften als Inhalt der *promissio* und *dictio* gelten konnten; diese Frage beantworten uns die Quellen eingehend, da sie uns bei Erörterung der Fehler, die Sklaven und Tieren anzuhaften pflegten, eine reiche Kasuistik geben. Diese aber ist hier insofern für uns wertvoll, als alle diese Fehler die Kehrseite bilden zu dem Begriff *„sanitas“*, den wir als Eigenschaft eines Kaufobjekts aus l. 38 § 5 D. 21, 1 schon oben S. 15 kennen gelernt haben. Wenn von einem *servus* aber gesagt wird, er sei gesund, so wird damit auch zugleich stillschweigend angegeben, er besitze gewisse *morbi* und *vitia* nicht;[29] zunächst also läßt sich hieraus folgern, daß das aedilitische Edikt auch die Abwesenheit von Fehlern als Eigenschaft ansah, die zugesichert werden konnte; dann aber kann das Nichtvorhandensein eines gewissen Fehlers sogar auch einen Vorzug bedeuten, der das Tier oder den Sklaven erst zu einem *„sanus“* stempelt. Wenn uns nun das aedilitische Edikt Fehler angibt, für die der Verkäufer zu haften hatte, so haben wir damit überhaupt die Richtung gewonnen, in der auch die Vorzüge, die zugesichert worden waren, liegen konnten. Wir können dabei körperliche und geistige Eigenschaften unterscheiden. Da nun im Edikt selbst nur Sklaven und Zugtiere als Gegenstände für die Haftung aus *dicta et promissa* aufgeführt werden, so treten uns zunächst als geistige oder Charaktereigen-

[29] Vgl. Windscheid S. 685, Anm. 2 a. E.: „Das Versprechen der Abwesenheit des Mangels kann auch stillschweigend gegeben werden.“

schaften nur solche entgegen, wie sie bei Sklaven vorzukommen pflegen, z. B. *frugi, probus, dicto audiens*;[30] in § 1 *eiusdem legis* wird gesagt: *„Plane si dixerit, aleatorem non esse, furem non esse, ad statuam non confugisse, oportet eum id praestare.“* Beim Vieh finden wir als Charaktermängel und somit auch als wertsteigernde Eigenschaft für das Gegenteil, z. B. daß ein Ochs stößig ist, oder ein Pferd leicht ausschlägt, ferner, wenn ein Zugtier im Ziehen nachläßt, oder leicht scheu wird oder ausreißt, oder die Unart hat, nur ein bestimmtes Joch dulden zu wollen.[31]

Mit der Ausdehnung des aedilitischen Edikts auf alle verkehrsfähigen *res nec mancipi* ist dann auch der Begriff »Eigenschaft« nicht auf Eigentümlichkeiten der Sklaven und des Viehes beschränkt geblieben.[31a] Besonderes schreiben die Quellen nämlich noch bezüglich der Grundstücke vor. Hier gilt als Eigenschaft auch ihre Größe. Es wird also hier ein Quantitätsmangel als Qualitätsmangel aufgefaßt[32], l. 4 § 1 D. 19, 1 sagt: *„Sed non solum, si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus eius, utputa si dictum est, fineae iugera tot esse vel oliveti et minus inveniatur.“* Der Grund für eine besondere Gewährung der *actio de modo*

---

[30] L. 19 pr. D. 21, 1; vgl. auch die Worte des Edikts selbst: *„Quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit.“*

[31] Vgl. l. 38 § 9, l. 43 pr. D. 21, 1; siehe auch ferner, was insbesondere die körperlichen Mängel anlangt, die eingehende Kasuistik bei Unterholzner S. 67 ff. (Archiv).

[31a] Vielmehr konnten die Merkmale jedweder Sache, die nicht extra *commercium* war, Gegenstand eines *dictum* oder *promissum* sein.

[32] Siehe l. 2 pr., l. 6 pr., l. 13 § 14, l. 22, l. 42 D. 19, 1; siehe ferner Seufferts Archiv V, 278; XXIX, 15; XXXI, 24, II.

agri liegt nach Huschke[33] darin, „daß die Größe, also der Flächeninhalt des Grundstücks, nicht eine gewöhnliche Eigenschaft sei, die unbeschadet der Existenz der Sache auch fehlen könne und daher auf das Eigentum und das *habere licere* ohne Einfluß sei, sondern die physische Existenz des Grundstücks beruhe gerade in seinem räumlichen Umfange, und es fehle ein Stück des Eigentums, wenn das zugesagte Flächenmaß unvollständig sei."

Angaben über die Größe eines Grundstücks brauchen aber nicht unbedingt verpflichtend zu sein, sondern können auch bloß zu allgemeiner Orientierung dienen. In welchem Sinne diese Angaben gemacht sind, ergibt sich namentlich aus der Ortsgewohnheit.[34]

Bei der Frage nach dem Gegenstande der *dicta* und *promissa* begegnen uns in den Quellen auch Fälle, in denen sich die *dicta* oder *promissa* nicht nur auf die Kaufsache selbst, sondern auch auf den Zubehör[35] derselben beziehen sollen, oder in denen versprochen wird, die verkaufte Sache werde einen Zuwachs erhalten.[36] In allen diesen Fällen wird vorgeschrieben, daß die Haftung für die Eigenschaften der Zubehörsache die gleiche sei, wie für die Hauptsache.

Vom sachlichen Anwendungsgebiet der *dicta* und *promissa* zum zeitlichen übergehend, so ist hier zu bemerken, daß die Erklärung der *dicta* und *promissa*, da sie als ein Bestandteil des zwischen Käufer und

[33] Bei Bechmann I, S. 247; vgl. auch S. 9 unserer Arbeit, wo wir die Zugehörigkeit der *actio de modo agri* zum *ius civile* bereits erwähnt haben.

[34] Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. II. S. 277, Anm. 7.

[35] L. 5 D. 21, 2.

[36] L. 33 pr. D. 21, 1.

Verkäufer geschlossenen Vertrages zu erachten ist, um dieselbe Rechtsgültigkeit wie der Vertrag selbst zu erzielen, mit dem Vertragsganzen *in continenti* zusammenhängen und daher im allgemeinen gleichzeitig mit der Willenserklärung, eine bestimmte Sache überhaupt verkaufen zu wollen, erklärt werden muß. Doch sehen die Quellen von diesem Erfordernis auch ab und sagen, daß *dicta* oder *promissa*, die schon vor Abschluß der Verkaufsstipulation[37] erklärt werden, mit in den Vertrag hineinzubeziehen sind und ihre volle Gültigkeit behalten. So sagt l. 20 D. 21, 1: *„Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit.“* Zweifelhaft sind die Rechtfolgen nur für den Fall, daß die *dicta* und *promissa* erst nach Abschluß des Kaufvertrages erklärt wurden. Der Wortlaut der l. 19 § 6 D. 21, 1 läßt nun die Möglichkeit zu, daß auch ein nach Abschluß des Kaufvertrags abgegebenes *dictum* oder *promissum* bindende Kraft haben kann, da diese Stelle sagt: *„tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.“* Hier gibt Ulpian allerdings keine nähere Bestimmung darüber, wann dieses *id, quo dictum promissumve quid est*, geschehen sei, ob vor oder nach Abschluß des Kaufvertrages. Da er aber den Fall, daß das *dictum promissumve post diem venditionis* erklärt ist, nicht ausdrücklich aus seiner Vorschrift ausnimmt, so würden wir Ulpian bei seiner sonstigen Genauigkeit

[37] Siehe S. 11 unserer Abhandlung.

Unrecht tun, wollten wir annehmen, daß er den hier vorliegenden Fall bei seiner Exegese des aedilitischen Edikts übersehen hätte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß er auch die *dicta* und *promissa,* die nach Abschluß des Kaufvertrages gemacht sind, für wirksam erklärt. Daher ist auch die Ansicht Stamms[38] zu verwerfen, der eine nach der Perfektion des Vertrages erfolgte Zusicherung für irrelevant erklärt, es sei denn, daß die Haftung auf Grund dieser Zusicherung in einem besonderen Vertrage festgesetzt wird. Einer speziellen Festsetzung der Haftung zwischen den Parteien bedarf es eben dann nicht, wenn diese in dem später abgeschlossenen *pactum adiectum* den Willen kundgegeben haben, die Abmachung über *dicta et promissa* als zum Vertragsganzen gehörig betrachten zu wollen.

---

3. Das Nichtvorhandensein der *dicta et promissa.*

§ 4.

a. Allgemeines.

Bei der Frage, welches die Folgen nach römisch-gemeinem Recht sind, wenn *dicta* und *promissa* der Kaufsache fehlen, müssen wir wider eine Zweiteilung vornehmen nach den Rechtsquellen, denen die Praestationspflicht[39] des Verkäufers entspringt. Nach *ius*

[38] A. a. O. S. 14.

[39] Zu der auch die Pflicht, für das Vorhandensein der *dicta* und *promissa* einzustehen, bekanntlich gehört; vgl. u. a. Laband a. O. S. 30.

civile gehörte die *emptio-venditio* den *contractus bilaterales aequales* an; der Verpflichtung des einen Teiles stand eine Berechtigung des andern gleichförmig und wechselseitig gegenüber.[40] Der Verpflichtung des Verkäufers eine dem vorausgegangenen Vertrage entsprechende, die *dicta* und *promissa* enthaltende Ware zu liefern, entsprach die Berechtigung des Käufers, eine solche zu verlangen. Dieses Verlangen betätigte er, falls die gelieferte Kaufsache den Parteivereinbarungen nicht entsprach, durch Erhebung der *actio empti*. Durch sie wurde der Verkäufer zur Erfüllung der aus dem Kaufvertrage übernommenen Verpflichtungen, sowie zum Ersatze des Interesses an den Käufer angehalten.[41] Der nähere Inhalt der *actio ex empto* mit seinem Interesseanspruch wird uns noch des Näheren weiter unten in § 7 dieser Abhandlung beschäftigen.

Das aedilitische Edikt erweiterte sodann die Haftung des Verkäufers erheblich. Nicht nur, daß es, wie wir sahen, keinen Unterschied mehr gelten ließ, zwischen *promissa* und *dicta*, sodaß also jede Angabe des Verkäufers eine Haftung begründete, es gab vielmehr auch ganz neue, dem bisherigen *ius civile* fremde

---

[40] Der uns geläufige Ausdruck „Kauf" bezeichnet das Geschäft nur von der einen Seite; die Römer pflegten sich genauer auszudrücken und bezeichneten den Kauf meistens als *emptio et venditio;* vgl. Windscheid S. 627, Anm. 1 a.

[41] Vgl. l. 6 § 4, l. 13 pr. § 1—3 D. 19, 1; siehe auch Windscheid § 389 [18], sowie ferner l. 45 D. 18, 1; l. 21 § 2 D. 19, 1; Seufferts Archiv 16 Nr. 105. — War der Verkäufer durch Stipulation eine Verpflichtung eingegangen, so unterstand er der besonderen *actio ex stipulato*. Diesen Fall wollen wir aber aus unserer Betrachtung ausscheiden, da diese Haftung *ex stipulatu* nicht ein besonderes Charakteristikum des Kaufvertrages darstellt, sondern auf der *stipulatio* selbst, einem *contractus sui generis*, beruht.

Klagen, die *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris*.[42] Damit nun war der Käufer, dessen Befugnisse durch Vereinigung dreier Klagen, die alle demselben Klaggrunde entsprangen, in seiner Hand im Vergleich zum Verkäufer beträchtlich umfangreichere waren, hinlänglich gegen betrügerische Machenschaften des Verkäufers geschützt; wie sich im einzelnen die aedilitischen Klagen und die *actio empti* zu einander verhielten, wird in § 8 dieser Abhandlung gezeigt werden.

---

§ 5.

b. Der Zeitpunkt des Fehlens der *dicta et promissa*.

Wenn wir die besonderen Wirkungen des Fehlens der *dicta* und *promissa* nach gemeinem Recht des Näheren erörtern wollen, so haben wir vorerst noch zu prüfen, inwiefern die Zeit des Fehlens der *dicta et promissa* für Erzeugung eines Anspruchs des Käufers von Bedeutung ist. Wenn wir einen Kaufvertrag vom Beginn der Parteiverhandlungen bis zu seiner Erfüllung verfolgen, so können wir mehrere Stadien unterscheiden: Einmal die Zeit vor dem Abschluß, der Perfektion des Kaufvertrages, dann die Zeit vom Abschluß des Kaufvertrages bis zur Übergabe der Kaufsache und schließlich die Zeit nach der Übergabe der Kaufsache bis zur Bezahlung des Kaufpreises, mit dem dann die beiderseitige Erfüllung des Kaufvertrages eingetreten ist,

[42] Vgl. l. 1 § 1, l. 18 pr. D. 21, 1.

vorausgesetzt natürlich, daß die Bezahlung des Kaufpreises nicht gleichzeitig mit der Übergabe erfolgt.

Fehlen die *dicta* oder *promissa* nun vor Abschluß des Kaufvertrages, sind aber bei Abschluß des Vertrages und fernerhin vorhanden, dann hat damit der *venditor* seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erfüllt, denn wenn sie auch vor Abschluß des Vertrages fehlen mochten, so hatte dies keinen Einfluß auf die Haftung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage, weil zu jener Zeit überhaupt noch kein »Vertrag« zustande gekommen war.

Die Rechtslage des Verkäufers ist dagegen ungünstig, wenn zur Zeit des Kaufabschlusses die Eigenschaften fehlten. Denn, dann hat nach römischem Zivil- und Aedilenrecht der Verkäufer dafür einzustehen,[43] daß die *dicta et promissa* der Kaufsache vorhanden sind. Wenn nichts anderes vereinbart ist, heißt das seinem gewöhnlichen Sinne nach, daß zunächst einmal die *dicta* und *promissa* zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden sein sollen, da zu jenem Zeitpunkt die Haftung des Verkäufers überhaupt erst beginnt. Wie gestaltet sich aber nun die Rechtslage des Käufers, wenn die *dicta et promissa* zur Zeit des Kaufabschlusses zwar vorhanden waren, später jedoch vor Übergabe der Sache an den Käufer weggefallen sind? Die Quellen beantworten die Frage dahin, daß der Verkäufer für solche Fälle nicht hafte.[44] Eine solche Entscheidung beruht offenbar auf einer richtigen Konsequenz aus dem Satze: *periculum est emptoris.* Diese Regel besteht jedoch nur dann, wenn die Sache durch Zufall, d. h. ohne Ver-

[43] Vgl. l. 1 § 1 D. 21, 1.

[44] L. 54 D. 21, 1; l. 3 C. 4, 58.

schulden des Verkäufers untergegangen ist oder sich verschlechtert hat.[45] Hat jedoch ein Verschulden des Verkäufers das Wegfallen der *dicta* oder *promissa* veranlaßt, so kommen die allgemeinen Grundsätze betreffend die Haftung aus einem Verschulden zur Anwendung, ohne Rücksicht auf die Haftung aus dem Kaufvertrage.

Als drittes Stadium käme endlich die Zeit nach der Übergabe der Sache an den Käufer in Betracht. Wenn der Wegfall der *dicta et promissa* erst dann eintritt, nachdem die Sache dem Käufer übergeben ist, während sie bis zur Übergabe vorhanden waren, so trägt der Käufer die Gefahr der Sache zu jenem Zeitpunkt schon deshalb, weil der Verkäufer mit der Übergabe einer fehlerfreien und mit den angegebenen und versprochenen Vorzügen ausgestatteten Sache seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage vollauf erfüllt hat. Nur ein Verschulden des Verkäufers würde auch hier letzteren haften lassen.

---

§ 6.

c. Ausschluß der Haftung.

Wir haben jetzt den Fall zu prüfen, daß der *emptor* beim Abschluß des Kaufvertrages bezw. zu der Zeit, als er sich die *dicta et promissa* zusichern ließ, das fehlen der *dicta et promissa* gekannt hat. Wird durch diese Kenntnis des Käufers die Haftung des Verkäufers

[45] Vgl. § 3 *J. de empt. et vend.* 3, 23; Dernburg, Pandekten Bd. II § 96 S. 263, Anm. 2; Windscheid § 390.

nun ausgeschlossen? Diese Frage ist zu bejahen. Die Quellen bestätigen dies ausdrücklich: denn l. 48 § 4 D. 21,1 lautet: „*In aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est, si emptor sciret de fuga aut vinculis aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur.*“ Man sieht also, daß, wenn der Käufer das Vorhandensein von Fehlern, deren Abwesenheit zugesichert worden ist, beim Abschluß des Vertrages kennt, dann die Haftung des Verkäufers wegfällt. Diese Schlußfolgerung scheint auf den ersten Blick nicht berechtigt zu sein. Denn es handelt sich, wie der Wortlaut der zitierten *lex* ergibt, zunächst nur um aedilitische Ansprüche, und es ist daher fraglich, ob diese Rechtsvorschrift auch auf den Fall des Fehlens von *dicta* und *promissa* ausgedehnt werden darf, dessen Folge auch die außerhalb des Rahmens des aedilitischen Rechts erwachsene *actio empti* des *ius civile* ist. Die gemeinrechtlichen Juristen haben jedoch kein Bedenken getragen, das, was hier betreffs der aedilitischen Klagen gesagt wird, auf diejenigen Klagen auszudehnen, die auf dem *ius civile* beruhen, also auch auf die *actio empti* auf Grund der *dicta et promissa*, sodaß demnach, wenn der Käufer im Augenblick der Zusicherung der *dicta* und *promissa* weiß, daß diese *dicta* und *promissa* nicht vorhanden sind, eine Haftung des Verkäufers nicht Platz greift.[46]

[46] Vgl. hierzu: Sintenis II S. 616, Anm. 83; Unterholzner, Schuldverhältnisse S. 266, Anm. h; Hanausek S. 83. Betreffs der l. 4 § 5 D. 44, 4, die den Verkäufer bei *scientia emptoris* haften läßt, erscheinen die Ausführungen Hanauseks, S. 84, einleuchtend. Es handelt sich hier um den Verkauf eines *servus fugitivus;* der Verkäufer hatte in einer Stipulation garantiert, daß er nicht *fugiens* sei. Hier tritt nach Hanauseks Ansicht die Haftung des *venditor* nicht deshalb ein, weil der Sklave überhaupt *fugitivus*

Zum Ausschluß der Haftung des Verkäufers ist aber nicht einmal notwendig, daß der Käufer das Fehlen der *dicta et promissa* wirklich gekannt hat. Auch dann schon, wenn der *emptor* aus grober Fahrlässigkeit das Fehlen der *dicta* oder *promissa* nicht gekannt hat, er es also hätte kennen müssen, fällt die Haftung des Verkäufers fort.[47]

Endlich sei noch der allerdings nur im römischen Recht praktische Fall erörtert, daß der Käufer als Geschäftsherr durch einen *procurator* oder Sklaven kaufen ließ. Betreffs der *actio empti*, die uns hier vornehmlich interessiert, schreiben die Quellen vor, daß der *dominus sciens*, ohne Rücksicht auf den etwaigen guten Glauben des *servus* den Schaden, der durch das Fehlen der *dicta et promissa* entstanden sei, zu tragen habe. So l. 13 D. 21, 1.[48] Ebenso schadet es dem *dominus ignorans*, wenn der Sklave bösgläubig ist.[49]

---

d. Die *actio empti*.

§ 7.

α. Inhalt.

Der Inhalt der *actio empti* war ein umfassender. Er war, je nachdem der Grund zur Anstellung dieser Klage gestaltet war, verschiedenartig. Wer z. B. einen Sklaven gekauft hatte, und ihn dann wieder durch

war, sondern weil er nach dem Verkauf, als er schon beim Herrn sich befand, aufs neue entgegen der Garantie des Verkäufers floh.

[47] Vgl. l. 15 § 1 D. 18, 1 und Hanausek S. 84/85.

[48] Siehe Bechmann III, 2, S. 211.

[49] Vgl. Bechmann a. a. O.

Eviktion verlor, konnte durch Erhebung der *actio ex empto* den ihm durch die Eviktion entstandenen Schaden, sein Interesse, einklagen.[50]

Hier ist der Erfolg der *actio empti* also, *quanti eius* — nämlich *emptoris* — *interesset, hominem venditoris fuisse.* Anders dagegen der Inhalt der *actio empti,* wenn sie auf Grund Fehlens der *dicta et promissa* angestellt war. Nur dieser Teil des Machtbereichs der *actio empti* aber ist Gegenstand unserer Erörterung. Wie schon oben S. 24 ausgeführt wurde, besteht die Verpflichtung des *venditor* aus dem Kaufvertrage auch in der Lieferung einer dem Vertrage entsprechenden Sache. Das römische Recht bestimmte nun, daß, wenn der gekauften Sache die *dicta* oder *promissa* fehlten, der Verkäufer, abgesehen von den besonderen Klagen, die das aedilitische Edikt gibt, nach *ius civile* auf Grund der *actio empti* auf das Interesse hafte, d. h. ganz allgemein auf den Ersatz des Nachteils, welcher in der Vermögenslage des Käufers infolge des Nichtvorhandenseins der *dicta et promissa* eingetreten war.[51]

Es gilt nun festzustellen, welches der Inhalt des vom Käufer geltend zu machenden Interesses ist. Wir müssen hier auf den Begriff Interesse näher eingehen.

[50] Cf. l. 8 D. 21, 2.

[51] Cf. Unterholzner, Schuldverh. S. 265, Anm. a; Pernice II 2[1], S. 246; Windscheid § 257, § 393, Anm. 7; Glück XX, S. 86; Keller bei Sell S. 140; Wendt S. 617/18; Mühlenbruch II S. 377/78; Dernburg, Pandekten II S. 275; Neustetel S. 183 ff.; Hanausek S. 45; Bechmann III, 2, S. 195; Steinke S. 30; Stamm S. 17; Baron S. 462; Wächter II S. 468; v. Keller, Pandekten S. 68 ff.; Salkowski S. 382 ff.; Arndts S. 607; Puchta S. 359. Die *actio empti* ging daneben auch auf Erzwingung einer Stipulation bezüglich der Abwesenheit von Fehlern und Vorhandensein von Eigenschaften; siehe Bechmann III b S. 212 und S. 214, Nr. 1—3; Hanausek S. 79.

In dieser heiß umstrittenen Lehre hat Ihering[52] zuerst die Scheidung zwischen positivem und negativem Interesse vorgenommen. Ersteres ist das Interesse an der Aufrechterhaltung des Kontrakts, also an der Erfüllung — hier würde der Käufer in einem Geldaequivalent alles erhalten, was er im Falle der Gültigkeit des Kontraktes gehabt haben würde. Letzteres, das negative, ist das Interesse am Nichtabschluß des Kontrakts — hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Tatsache des Kontraktabschlusses gar nicht vorgekommen wäre.[53] Praktisch wird dieser Unterschied dann, wenn es sich für den Käufer darum handelt, den Ersatz des entgangenen Gewinnes wieder zu erlangen. Hätte der Käufer den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, und würde er demgemäß mit der *actio empti* das Interesse, das er am Nichtabschluß des Kontraktes hat, einklagen, so würde er für den Fall, daß die mangelhafte Sache, z. B. das kranke Pferd, seinen Stall anstecken würde,[54] den Schaden erlangen können, den er durch den Verlust seiner übrigen Pferde erlitten hat. Er würde jedoch nicht den entgangenen Gewinn wieder erlangen können, wenn er z. B. das Pferd, wenn es gesund gewesen wäre, vorteilhaft an einen Dritten hätte verkaufen können. Diesen letzteren Ersatz aber würde der Käufer ebenfalls erlangen können, wenn man den Begriff „Interesse" dahin auslegt, daß er das positive Vertragsinteresse mit umfasse, d. h. das Interesse, das der Käufer am Zustandekommen des Vertrags gehabt

[52] Iherings Jahrbücher Bd. IV S. 16; ihm sind gefolgt Mommsen a. a. O. I S. 107; Hanausek a. a. O. S. 51.

[53] Vgl. Ihering a. a. O.

[54] Vgl. l. 13 pr. D 19, 1: *sive igitur aedes vitio corruerunt, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt.*

hat. Gegen diese von Ihering[55] aufgestellte Unterscheidung in ihrer Anwendbarkeit auf unsere Frage wendet sich neuestens Bechmann.[56] Er spricht hier von dem Fall der Arglist des Verkäufers, der sich insofern mit dem unsrigen deckt, als ja der Verkäufer eine Sache, von der er wußte, daß sie die bei Abschluß des Kaufvertrages angegebenen Eigenschaften nicht besitzt, verkauft haben mag. Bechmann[57] führt aus, die ganze Unterscheidung zwischen positivem und negativem Vertragsinteresse sei völlig wertlos. Denn einmal sei die Klageformel immer die gleiche. Dann aber sei es unzweifelhaft, daß der Vertrag trotz der Täuschung gültig bleibe, sodaß von einer Beschränkung auf das negative Interesse im Iheringschen Sinne keine Rede sein könne. Der Schaden aber, der dem Käufer durch die Täuschung entstanden sei, bestehe aber gar nicht bloß darin, daß er den Vertrag geschlossen habe, den er außerdem nicht geschlossen hätte, sondern auch darin, daß er den Vertrag gerade so und nicht anders geschlossen; ja, der Käufer könne auch sagen: „Wenn ich nicht getäuscht worden wäre, so wäre die Sache ebenso beschaffen gewesen, wie ich sie mir vorstellte, und dann wäre der Schaden nicht eingetreten.“ Man könne hier also unmöglich eine doppelte Art von Interesse unterscheiden, der Vertrag sei gültig, und es handle sich immer nur um das Erfüllungsinteresse.

Dieser Ansicht Bechmanns ist, soweit unsere Frage des Fehlens der *dicta* und *promissa* in Betracht kommt, zuzustimmen. Denn für den Käufer ist hier nur das

[55] a. a. O.
[56] Bd. III, 2, S. 195.
[57] a. a. O.

Interesse beachtlich, das er an dem Zustandekommen bezw. der Aufrechterhaltung des Vertrages hat. Ein Rechtsbehelf wegen Mangelhaftigkeit der Ware kann ihm nämlich nur dann in die Hand gegeben werden, wenn der Käufer den Vertrag als einen gültigen ansehen will. Andernfalls hat er kein Interesse an der Beschaffenheit der Ware. Da der Käufer aber hier die *actio empti* erhebt, weil *dicta et promissa* der Kaufsache fehlen, so zeigt er mit dieser Klage, daß er die Kaufsache nur mit den *dicta et promissa* ausgestattet hat haben wollen. Selbst dann aber, wenn man sagen wollte, es sei ihm an dem Nichtabschluß des Vertrages etwas gelegen, so hätte der Käufer davon keinen wirklich ausgiebigen Schutz, — und das ist doch der ganze Zweck der *actio empti*, — denn es würde dem Käufer der Nachweis des negativen Interesses in unserem Falle nicht einmal möglich sein, weil sein Schaden vielleicht nur im entgangenen Gewinn besteht, der doch immer nur auf Grund eines gültigen Vertrages zu berechnen ist. Aus allen diesen Gründen ist das positive Vertragsinteresse dasjenige, welches beim Fehlen der *dicta* und *promissa* dem Käufer zusteht.

Wir haben nun eben erwähnt, daß es dem Käufer beim Fehlen der *dicta* und *promissa* von erheblichem Nutzen sei, auch seinen entgangenen Gewinn nachweisen zu können. Wir gelangen hiermit zu der Frage nach dem Inhalt des positiven Interesses; denn es ist nicht unbestritten geblieben, ob in dem positiven Interesse beim Fehlen der *dicta et promissa* das „volle" Interesse, d. h. *damnum emergens* plus *lucrum cessans* oder nur eine verhältnismäßige Preisreduktion mit einbegriffen sei, sodaß im letzteren Falle der Anspruch des Käufers

eben nur auf den Betrag gehen soll, den die Sache wegen Fehlens der *dicta et promissa* weniger wert ist.[58] Einigkeit herrscht zwar betreffs des Falles, daß der *venditor* im Bewußtsein des Fehlens der *dicta et promissa* eine Sache, über die er Zusicherungen gemacht hatte, verkauft hatte.[59] Denn hier ist es der in der *scientia venditoris* enthaltene *dolus*, der den Verkäufer auf das volle Interesse haften läßt. Haftet aber der Verkäufer, welcher, ohne vom Fehlen der *dicta* und *promissa* unterrichtet zu sein, eine Eigenschaft der Kaufsache als vorhanden bezeichnet hat, dem Käufer im Falle der Unrichtigkeit seiner Angaben ebenfalls auf das volle Interesse? Über diese Frage herrscht Streit.[60] Dernburg[61] verneint sie. Er führt aus, ihre Bejahung stände mit den Grundsätzen, die Julian in der l. 13 pr. D. 19, 1 entwickele,[62] in Widerspruch. Werde ein Stück Vieh verkauft, welches anscheinend gesund sei, das aber, ohne daß es der Käufer wissen konnte, bereits von einer Krankheit infiziert sei, so gebe man zu, daß der

---

[58] Siehe auch Windscheid § 393, Anm. 9; Stamm S. 20; Mommsen (II, 154—159), Windscheid (§ 393, Anm. 7) und Bechmann (III, 2, S. 195) nennen das „volle" Interesse „Erfüllungsinteresse".

[59] Vgl. Bechmann S. 185, § 362, S. 195, § 363; Hanausek S. 46; Windscheid a. a. O.; Dernburg, Pandekten II, § 45, S. 25.

[60] Für volles Interesse treten ein: Hanausek S. 46 ff.; Pernice II 2 [1], S. 246; Windscheid S. 686 [7]; Glück XX S. 689; Neustetel S. 183.

[61] S. 278, Anm. 14 (Pandekten II).

[62] *Julianus libro 15 inter eum, qui sciens quid aut ignoraus vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit: it tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse sciissem: si vero sciens reticuit et tmptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor cxaxerit, praestaturum ei.*

Verkäufer dem Käufer an sich nicht für Schaden durch die Ansteckung seines Viehstandes haften müsse. Solle sich dieses ändern, wenn der Verkäufer unbefangen bemerkt habe, das zum Verkauf ausgebotene Tier sei vollkommen gesund? Dies wäre eine Härte, die den Verkäufer unbilliger Weise treffen würde. Auch spreche l. 45 D. 18, 1 dagegen.[63]

Gegen diese Dernburgsche Ansicht läßt sich u. E. Folgendes erwidern: Zunächst ist sie nicht in Einklang zu bringen mit der l. 21 § 2 D. 19, 1, wo es heißt: *venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet.* Also auch bei Gutgläubigkeit des Verkäufers tritt dessen Haftung ein. Daß hier das *interest, non esse deceptum* auf das volle Interesse hinweist, ist auch von Dernburg[64] nicht bestritten worden.

Was sodann die l. 45 D. 18, 1 anlangt, so ist hier die Voraussetzung für eine verschiedenartige Haftung des Verkäufers, je nachdem er das Fehlen der *dicta et promissa* kannte oder nicht, eine ganz andere wie in l. 21 D. 19, 1: Hier handelt es sich offenbar um eine Zusicherung oder stillschweigende Vereinbarungen (darauf deuten die Ausdrücke „*consentire*" und *dissentire*" hin):[65] dagegen in l. 45 D. 18, 1 ist mit Pernice anzunehmen,

[63] *Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait: si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri; si sciebat etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum, etsi quis aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.*

[64] Wohl im Hinblick auf l. 13 § 2 D. 19, 1.

[65] Pernice, S. 248, meint, daß es sich an dieser Stelle um einen Irrtum des Käufers bei vorausgesetzten Vorzügen der Sache handele. Aber Pernice zweifelt selbst an der Richtigkeit dieser Auslegung, da die Stelle zu zerrüttet sei, als daß sich ihr

daß nicht eine Zusage des Verkäufers, den Abschluß des Vertrages *nova vestimenta* zu kaufen, sondern ein Irrtum seitens des Käufers über das Alter der Kleider vorläge. Pernice [66] weist nämlich zutreffend darauf hin, daß der Vergleich mit zahlreichen Stellen, in denen solche Zusagen mit *dicere* und dergl. bezeichnet werden, die Folgerung erlaube, daß, wo der Ausdruck, wie hier, fehle, auch die Sache nicht vorhanden sei.

Stamm (S. 19) bemerkt, daß die ganze l. 45 D. 18, 1 von vornherein den Fall des Fehlens von *dicta et promissa* zur Grundlage habe. Er kommt ebenfalls zu dem Resultat, daß der *venditor* ohne Rücksicht auf *bona* oder *mala fides* auf das volle Interesse zu haften habe. Diesen Satz sucht er dadurch zu beweisen, daß er das *quod interest,* das Labeo dem in l. 6 § 4 D. 19, 1 gleichsetzt, wo das volle Interesse gewährt wird. Diese Gleichstellung begründet Stamm jedoch nicht weiter und sucht den Widerspruch, in den er sich zu dem zweiten Teile der l. 45 D. 18, 1 setzt,[67] dadurch zu entgehen, daß er sagt, die Ansicht Labeos, wie sie aus l. 6 § 4 hervorgeht, sei die herrschende gewesen. Diese auf dem rein tatsächlichen Grunde, daß Labeo die herrschende Meinung für sich gehabt habe, beruhende Beweisführung Stamms leuchtet jedoch nicht sehr ein, vielmehr scheint folgende Betrachtung zum Ziele zu führen.

---

ursprünglicher Inhalt wiedererkennen ließe. Die Perniceschen Ausführungen sind daher nicht geeignet, unsere Auffassung über diese Stelle ins Wanken zu bringen.

[66] S. 247.

[67] Hier wird je nachdem, ob *dolus* vorliegt oder nicht, ein Unterschied zwischen *ipsius rei teneri* und dem *damnum, quod ex eo contingit,* gemacht.

Es ist allerdings mit Stamm anzunehmen, daß dem Schlußsatz der l. 45 D. 18, 1 von „*quemadmodum*“ ab der Fall des Fehlens von *dicta et promissa* zu Grunde liegt. Dies deuten die Worte „*aurum, quod vendidit*“ an.[68]

Das Wort „*quemadmodum*“ leitet den folgenden Satz als ein Beispiel oder Vergleich ein. Wenn wir nun den Satz, beginnend mit *quemadmodum*, nur auf den Teil der *lex* beziehen, — und dies würde doch schon wegen seiner örtlichen Verbundenheit und der Verschiedenartigkeit zu dem vorhergehenden Fall naheliegen — der mit *si sciebat* beginnt, so würde das heißen: Wenn der Verkäufer die minderwertige Beschaffenheit der Kaufsache kannte und sich die Vertrauensseligkeit des Käufers zunutze machte, so haftet er für das *damnum* ebenso, wie er für das Fehlen von *dicta et promissa* haftet. Das *damnum quo ex eo contingit* enthält nun offenbar das volle Interesse, da es den *dolus* zur Voraussetzung hat. Da dieser Satz aber dem Schlußsatz, der auf dem Falle des Fehlens der *dicta* oder *promissa* beruht, gleichgesetzt wird, so deutet damit der Jurist auch auf die Gleichheit des Haftungsgrades hin und will damit zum Ausdruck bringen, daß der *venditor* beim Irrtum des Käufers *sciens* ebenso haftet, wie der *venditor ignorans* schon beim Fehlen der *dicta et promissa* hafte, d. h. auf das volle Interesse.

Unsere Behauptung, daß auch der *venditor ignorans* für volles Interesse hafte, steht aber noch die oben S. 34 zitierte l. 13. pr. D. 19, 1 entgegen. Jedoch löst

[68] Vgl. v. Savigny III S. 285/86; Mommsen I S. 204, II S. 282. Dieser sucht den an dieser Stelle liegenden Widerspruch zu beseitigen, indem er die recht gezwungen erscheinende Erklärung gibt, die Worte von *si ignorans* bis *quemadmodum* seien in Parenthese gesetzt zu denken.

sich der scheinbare Widerspruch auch hier durch die Erwägung, daß der Tatbestand, der diesem Fragment zu Grunde liegt, ein anderer ist, wie der in l. 6 § 4 D. 19, 1. In l. 13 pr. D. 19, 1 nämlich wird dem Käufer das volle Interesse gewährt, weil Mängel, die vorhanden waren, nicht angezeigt waren, und zwar zeigt sich uns hier die *actio empti* in ihrer mannigfachen Anwendbarkeit.[69] So sagt auch Windscheid:[70] „Wenn in l. 13 pr. § 1 D. 19, 1 bloß auf Grund des Vorhandenseins nicht angezeigter Mängel auch die *actio empti* gegeben wird, so soll damit nur gesagt sein, daß mit der *actio empti* (auf Grund der Formelkonzeption »*quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona*«) auch der Inhalt des aedilitischen Rechts geltend gemacht werden könne.[71]

Wir glauben somit nachgewiesen zu haben, daß die *actio empti*, gleichviel, ob der Verkäufer *sciens* oder *ignorans* betreffs der fehlenden *dicta* oder *promissa* war, auf das positive volle Interesse des Käufers gerichtet ist.

Dieses Ergebnis legt den Schluß nahe, daß das römische Recht es so ansieht, als ob bei jedweder Nichtgewährleistung von *dicta et promissa*, gleichgültig ob der Verkäufer *sciens* oder *ignorans* war, ein kulposes Verhalten des Verkäufers in weiterem Sinne vorläge, und in der Tat deuten die Worte der l. 13 § 3 D. 19, 1 darauf hin, woselbst es heißt: „*non debuit facile, quae ignorabat, asseverare*“ das leichtsinnige Versichern von

[69] Sie dient hier als Ersatz aedilitischer Klagansprüche. Über das Verhältnis der *a. empti* zu den aedilitischen Klagen siehe Näheres im § 8 dieser Abhandlung.

[70] Siehe S. 685, Anm. 1.

[71] Vgl. auch Stamm S. 22.

Tatsachen, deren Richtigkeit dem Verkäufer nicht bekannt war, wird ihm also als Verschulden *(facile)* ausgelegt; ebenso sagt Windscheid[72] betreffs des Verhältnisses der Zusicherung zur Arglist: „Auch im zweiten Fall (der *scientia venditoris*) kann nicht bloß das sogenannte negative Vertragsinteresse, sondern auch das Erfüllungsinteresse verlangt werden, sodaß Arglist gleich Zusicherung."

Eine Frage praktischer Natur ist sodann die, wer nach gemeinem Recht die Beweislast dafür trägt, ob, und ein wie hoher Schaden durch das Fehlen der *dicta et promissa* entstanden ist. Hat der Verkäufer nachzuweisen, daß der vom Käufer geltend gemachte Schaden nicht entstanden sei, oder hat vielmehr der Käufer seinen ihm entstandenen Schaden erst überhaupt darzutun? Der allgemeine prozessuale Rechtsgrundsatz des gemeinen Rechts *„ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat"*[73] beantwortet die Frage dahin, daß der Käufer die Beweislast für die Geltendmachung seines Interesses trage.[74]

Es ist endlich noch im Rahmen dieses Abschnittes die Frage zu erörtern, ob der Käufer sich der *actio empti* auch bedienen darf, um mit ihr die Nachlieferung der fehlenden *dicta et promissa* zu erlangen, d. h. ob für den Verkäufer überhaupt eine Nachbesserungspflicht aus der *actio empti* entspringe. Gerade hier werden besondere Parteiabmachungen die Grundlage für eine Lösung etwaiger Zweifel bilden. Da nun die Verurteilung aus der *actio empti* beim Fehlen der

[72] A. a. O. S. 686, Anm. 7.

[73] Vgl. l. 2 D. 22, 3.

[74] Vgl. auch Hanausek S. 157; Stamm S. 25.

dicta et promissa, wie wir sahen, auf das Interesse geht, so ist damit gesagt, daß das nächstliegende Ziel des Käufers, der mit der mangelhaften Sache voraussichtlich doch keinen Gewinn mehr erzielen kann, Geldersatz für den ihm entstandenen Schaden ist. Nach dem älteren römischen Zivilprozeßrecht, nämlich zur Zeit des Legisaktionen- und sodann des Formular-Verfahrens herrschte der Grundsatz, daß die Verurteilung nur in Geld zu erfolgen habe. *(Omnis condemnatio pecuniaria est*[75]*)*. Da aber dem Prozeßsieger nicht immer mit dem bloßen Ersatz des Interesses gedient war, so brach sich mit der fortschreitenden Rechtsentwickelung der Gedanke Bahn, daß die *condemnatio* auch auf eine Naturalbefriedigung des gewinnenden Gläubigers sich zu richten hatte. Diese Möglichkeit der Verurteilung des Gegners auf Naturalersatz hat sich im späteren gemeinen Recht erhalten. Es kommt hinzu, daß es auch gar nicht zum Begriff des Interesses gehört, daß die in ihm enthaltene Schadensausgleichung durch Leistung eines Geldäquivalentes zu geschehen habe.[76]

Es ist daher sehr wohl möglich, daß, wenn eine Parteivereinbarung auf Vorhandensein eines bestimmten *dictum* oder *promissum* vorlag, eine Nachbesserungspflicht des Käufers vorhanden war. Fraglich ist es jedoch noch, ob eine solche Pflicht auch die materiellen Vorschriften des *ius civile* zuließen. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Denn, wenn der Verkäufer sich beim Abschluß des Kaufvertrages zur

[75] Vgl. Sohm, Institutionen S. 266 ff.

[76] Vgl. u. a. Windscheid § 257, S. 56; l. 9 pr. D. 19, 2; R. G. XVII S. 112; Seuffert 48, 88.

Lieferung einer Sache mit einer bestimmten Eigenschaft verpflichtet hat, so ist, wenn diese Eigenschaft fehlt, der Kaufvertrag von Seiten des Verkäufers nicht erfüllt. Eine Erfüllungspflicht des Verkäufers bleibt also noch bestehen. Damit aber behält der Käufer auch seinen Anspruch noch auf Erfüllung des Kaufvertrages. Grundsätzlich würde also der Verkäufer eine Nachbesserungspflicht der mangelhaften Ware haben, vorausgesetzt, daß der Käufer dieses Mittel zu seiner Befriedigung ergreifen will und es nicht vorzieht, aus den oben S. 40 erwähnten Gründen Geldersatz zu verlangen. Anders gestaltet sich die Frage, ob der Verkäufer nicht ein Nachbesserungsrecht habe. Die *actio empti,* die dem Käufer vornehmlich einen Geldersatzanspruch oder statt dessen auch einen Nachbesserungsanspruch gewährt, erlegt dem Käufer, der durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache ohnehin eine Einbuße erleidet, damit aber noch nicht die Verpflichtung auf, sich auf das Anerbieten des Verkäufers einzulassen, der Sache die fehlenden *dicta et promissa* nachträglich zu verschaffen.[77] In manchen Fällen aber würde der Käufer offenbar unbillig handeln,[78] wenn er das Entgegenkommen des Verkäufers ablehnen würde. Der Schaden, der ihm durch die dann allerdings verspätete Lieferung der Sache mit den *dicta et promissa* erwachsen würde, kann sehr wohl ein unverhältnismäßig geringfügiger im Vergleich zu demjenigen

[77] Es ist hier nicht gemeint die Lieferung einer anderen fehlerfreien Sache, sondern eine Nachbesserung der gelieferten fehlerhaften Sache selbst, so daß die fehlenden *dicta* und *promissa* hinzukommen.

[78] Dies würde auch gegen die Natur des Kaufs als *bonae fidei contractus* verstoßen.

sein, den der Verkäufer zu ersetzen hätte, wenn der Käufer auf dem Geldersatz bestehen würde. Den eventuell geringen Schaden, der dem Käufer dann durch die nicht sofortige vollkommene Lieferung der Sache entstanden ist kann der Käufer mittelst der *actio empti* in ihrer Funktion als Klage auf das volle Interesse dann von sich abwenden.

Die gemeinrechtliche Praxis hat dem Verkäufer daher auch das Recht der Nachbesserung zugestanden, jedoch mit der Beschränkung, daß dieses Recht nach der Litiscontestation wegfallen sollte.[79]

---

§ 8.

β. Verhältnis der *actio empti* zur *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris*.

Im § 4 unserer Abhandlung sahen wir, daß das Fehlen der *dicta* und *promissa* außer der eben besprochenen *actio empti* auch die *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* erzeugte. Über die Frage nun, in welchem Verhältnis die *actio empti* zu den aedilitischen Klagen stand, d. h. ob die *actio empti* mit den aedilitischen Klagen kumulativ oder elektiv konkurrierte, sprechen sich die Quellen nicht deutlich aus. Wenngleich zwar die herrschende Meinung für die elektive Konkurrenz eintrat,[80] so war diese Ansicht nicht unbestritten;

[79] Vgl. Seuffert XV, 116; siehe auch Windscheid S. 687, § 393, Anm. 10.

[80] Windscheid § 393, S. 686, Anm. 7 a; Hanausek S. 172.

Fick[81] z. B. behauptete, daß mit der *actio redhibitoria* eine auf Interesseersatz gerichtete *actio empti* verbunden werden könnte. Fick will diesen seinen Lehrsatz auf die l. 19 § 2 D. 21, 1 stützen, welche lautet: *„Qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.“* Aber es ist nicht einzusehen, wie Fick auf Grund des Wortlauts dieser *lex,* die ganz allgemein gehalten ist, dies beweisen will. Er beruft sich ferner auf l. 6 § 1 D. 18, 1. Dort jedoch handelt es sich nicht um eine dem *emptor,* sondern um eine dem *venditor* zustehende *actio empti* auf *id, quanti minoris postea alii venisset.* Der Streit dreht sich hier um Klagen, die dem Käufer zustehen. Aus diesem Grunde schon erscheint die Beweisführung Ficks nicht stichhaltig. Dagegen ist Hanauseks Bemerkung[82] zutreffend, dahingehend, „daß sich die Unhaltbarkeit der Meinung Ficks auch aus der Erwägung ergebe, daß der Käufer dann ja auch befugt sein müsse, zuerst mit der *actio empti* auf das Interesse, und dann, nachdem er allen aus dem Fehlen der zugesagten Eigenschaft ihm erwachsenen Nachteil ersetzt erhalten habe, redhibitorisch zu klagen. Redhibition und Interesseersatz seien eben regelmäßig zwei so verschiedene Größen, daß deren Reduktion auf einen gleichen gemeinsamen Nenner unmöglich sei.“

Aus allen diesen Gründen ist demnach die Ficksche Ansicht zu verwerfen und an der Annahme der bloß elektiven Konkurrenz der *actio empti* mit den aedilitischen Rechtsmitteln festzuhalten.

---

[81] Archiv für Wechselrecht VIII S. 27, 98, 160.

[82] Vgl. Hanausek S. 172 73.

Hanausek (S. 172) bemerkt ferner, daß Neustetel (S. 245) die Kumulierung der *actiones redhibitoria* und *empti* für möglich hält. Doch ergeben Neustetels Ausführungen auf S. 245 keinen Anhalt dafür. Ficks Ansicht folgen auch Heise-Cropp.[83] Doch auch ihre Bemerkungen sind nicht überzeugend. Heise-Cropp wollen nämlich dem Käufer einer Ware, die einer vorher vereinbarten Probe nicht entspricht, das Recht zugestehen, die Annahme der Ware zu verweigern und doch noch daneben das Interesse zu verlangen. Heise-Cropp übersehen dabei nur, daß Redhibition und Verweigerung der Annahme zwei verschiedene Begriffe darstellen. Auch Bechmann[84] stimmt mit dem hier Vertretenen insofern überein, als er ausführt, „im Falle der vorhergehenden Durchführung der *actio empti* bleibe für die aedilitischen Klagen nichts mehr übrig; denn durch die Kondemnation auf Grund der *actio civilis* gilt der Verkäufer als vollkommen befriedigt"; für diesen Fall schließt also auch Bechmann die kumulative Konkurrenz aus. Dagegen meint er im umgekehrten Fall, wenn auf Grund des *arbitrium* im aedilitischen Prozeß die Redhibition vollzogen sei, könne noch die *actio empti* wegen eines weitergehenden Interesses erfolgreich angestellt werden. Diese Ansicht Bechmanns jedoch, der die Ausführungen Hanauseks (S. 172) unbeachtet gelassen hat und zu seiner Rechtfertigung nur auf die obige l. 19 § 2 D. 21, 1 verweist, ist ebensowenig wie die Ficks begründet, und es sei daher auf das oben Gesagte verwiesen.

---

[83] Bd. I S. 217 18.
[84] Bd. III b S. 216.

Bei Besprechung des Verhältnisses der *actio empti* zu den aedilitischen Klagen sei noch einiger Quellenstellen gedacht, in denen zwar nicht von einer Konkurrenz der *actio empti* mit den aedilitischen Rechtsmitteln die Rede ist, in denen aber die *actio empti* einen der *actio redhibitoria* ähnelnden Erfolg aufweist und so gleichsam die aedilitischen Klagen verdrängt. Es handelt sich zunächst um die l. 11 § 5 D. 19, 1: *„Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem et pretio restituto mulier reddatur.“* Es sei darauf hingewiesen, daß die *actio empti* hier nicht als aedilitisches Rechtsmittel fungiert, wie Hanausek[85] zu dieser Stelle bemerkt. Dies sagt schon der Ausdruck *„ad resolvendam emptionem“*. Von einer *actio empti „redhibitoria“* ist nicht die Rede und wollte man etwa die l. 11 § 3 D. 19, 1 als Stütze[86] für die redhibitorische Funktion der *actio empti* vindizieren, so sei mit Bechmann[87] darauf hingewiesen, daß *„redhibitio“* nicht identisch ist mit *„actio redhibitoria“*. Bechmann[88] führt ferner aus, es sei undenkbar, daß eine auf *quidquid ex fide bona* abgestellte *actio civilis* als honorarische *actio in factum* fungiere, der Zivilrichter formell an die Sätze des Edikts gebunden sein solle, ohne daß in der Formel selbst irgendwie darauf Bezug genommen wäre.

---

[85] A. a. O. S. 50 ff.

[86] Hier heißt es: *„Redhibitionem quoque contineri empti iudicio Labeo et Sabinus putant et nos probamus.“*

[87] Bd. III b S. 175.

[88] A. a. O.

Es muß zugegeben werden, daß die von Bechmann aus Hanauseks Ausführungen gezogene Konsequenz allerdings in dieser Fassung unhaltbar ist. Jedoch geht Bechmann u. E. zu weit, wenn er Hanausek vorwirft, er „quartiere die aedilitischen in die zivilrechtlichen Formeln ein“.[89] Das, was Hanausek für eine *actio empti redhibitoria* erklärt, ist in Wirklichkeit eine reine *actio empti*, deren Ziel allerdings ausnahmsweise in dem obigen in den Quellen ausdrücklich angeführten Fall in der Rückgabe der Kaufsache besteht. Hanausek verwirrt bei der Benennung dieser Klage als einer *actio empti redhibitoria* ihre Gestalt und gibt dadurch zu mißverständlichen Auffassungen Anlaß. Die *actio empti* behält vielmehr stets ihren Charakter als *actio civilis* bei und nimmt keineswegs aedilitische Natur an, und wenn Hanausek von einer aedilitischen Funktion der *actio empti* spricht, so meint er, wie gesagt, damit offenbar nur das Endresultat, den Erfolg, den die *actio empti* durch ihre Anstellung hervorgerufen hat. Dieser ist die *resolutio emptionis,* die hier, wie die *actio redhibitoria* im gewöhnlichen Falle, den Vollzug des Kaufes rückgängig macht. In der eben zitierten *lex* aber besteht auch das Interesse des Käufers wirklich nur in der Rückgängigmachung des ganzen Vertrages, da der Käufer, der eine *virgo* zu kaufen glaubte und in seiner Absicht sich getäuscht sieht, das einzige Bestreben haben wird, von dem Vertrage loszukommen.[90]

[89] Bechmann a. a. O.

[90] Vgl. Unterholzner, Archiv, S. 82, Anm. 46 sub 2; Keller S. 157.

Man findet ferner Fragmente, in denen die *actio empti* auch Funktionen ausübt, die denen der anderen aedilitischen Klage, nämlich der *actio quanti minoris* ähneln (z. B. die oben erwähnte l. 13 pr. und § 1 D. 19,1; vgl. Hanausek S. 57). In ihrem wirtschaftlichen Erfolg wird überhaupt die *actio empti* der *actio quanti minoris* sehr oft gleichkommen, besonders dann, wenn vor Zahlung des Kaufpreises das Fehlen der *dicta et promissa* vom Käufer entdeckt wird. Alsdann wird der Käufer mit der *actio empti* sein Interesse verlangen, andererseits bleibt aber noch seine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises bestehen, da er den Vertrag weiter als gültig betrachtet. Er wird daher im Wege der Kompensation eine Reduktion des Kaufpreises vornehmen; die *actio empti* führt aber auch dann zu einem der *actio quanti minoris* ganz ähnlichen Resultat, wenn der Kaufpreis schon bezahlt ist. jedoch ist dann der Unterschied zwischen der *actio empti* und *quanti minoris* zunächst der, daß erstere Klage nur auf den Betrag geht, um welchen die Sache wegen des Fehlens der *dicta et promissa* weniger wert ist, nicht auf verhältnismäßige Preisminderung.[91] Ein fernerer Unterschied zwischen der *actio empti* und *quanti minoris* ist der, daß bei der *actio empti* ein wirklicher Schaden des Käufers als vorliegend verlangt wird. Wenn daher der Käufer die mangelhafte Sache mit Gewinn weiter veräußert, so wird in der Regel das Interesse, das er an der Zusicherung hatte, ausgeschlossen sein, es sei denn, daß er nun seinerseits von dem neuen Käufer wegen

[91] Wie die *actio aestimatoria* oder *quanti minoris;* vgl. l. 18 pr. D. 21, 1; Windscheid S. 687, Anm. 9.

des Mangels der *dicta et promissa* in Anspruch genommen wird, oder, daß er nachzuweisen vermag, daß er die Sache, wenn sie den *dicta et promissa* entsprochen hätte, zu höherem Preise hätte verkaufen können.[92]

---

§ 9.

γ. Verjährung.

Endlich sei die Verjährung der *actio empti* einer Betrachtung unterzogen. Während die Quellen für die aedilitischen Klagen ihrem ursprünglichen Bestimmungszweck für den Marktverkehr entsprechend kurze Verjährungsfristen vorschreiben,[93] und zwar für die *actio redhibitoria* sechs Monate und für die *actio quanti minoris* ein Jahr, gilt bezüglich der *actio empti* mangels besonderer Vorschriften die für die Klagen des *ius civile* überhaupt gegebene allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren.[94] Hierüber besteht auch bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern kein Zweifel.[95] Nach allgemeinen Verjährungsgrundsätzen beginnt die Frist der *actio empti* von dem Momente an zu laufen, zu dem der Käufer das Fehlen der *dicta et promissa* bemerkt. Bestritten ist jedoch die Frage, ob die *actio empti*, soweit sie zur Erreichung eines Erfolges an-

---

[92] Vgl. Hanausek S. 157; Stamm S. 24.

[93] Vgl. l. 38 pr., l. 19 § 6, l. 48 § 2, l. 55 D. 21, 1; l. 2 C. 4,58; l. 25 § 1 D. 44, 2.

[94] Das A. H. G. B. Art. 349, Abs. 2, 350 unterwirft alle Klagen wegen der Mängel der Kaufsache einer sechsmonatlichen Verjährung.

[95] Vgl. statt anderer Windscheid S. 687; Keller in Sell S162..

gestrengt wurde, der im Gewöhnlichen als ein den aedilitischen Klagen ähnelndes Charakteristikum dasteht, nämlich, wenn sie auf Resolution des Kaufvertrages oder Preisreduktion gerichtet war, dann den Verjährungsfristen des aedilitischen Rechts oder der allgemeinen 30jährigen Verjährungsfrist unterlag. Keller [96] meint, es würde an Absurdität grenzen, wollte man der *actio empti* da, wo sie ihrer eigentlichen Natur nach unstatthaft ist, einen weiteren Spielraum, nämlich eine längere Dauer, zugestehen, als derjenigen Klage selber, deren Nachahmung für jene Erweiterung ihrer ursprünglichen Wirksamkeit überhaupt erst die Grundlage hergeben mußte.[97]

Dem ist zunächst zu entgegnen, daß Männer wie Windscheid und Vangerow [98] die entgegengesetzte „absurde" Ansicht vertreten. Auch hat die Judikatur in zwei Entscheidungen [99] sich zu ihr bekannt. Sie verdient auch trotz der so nachdrücklich vertretenen Kellerschen Ansicht den Vorzug aus dem einfachen Grunde, weil die *actio empti,* selbst wenn sie auf „Redhibition" oder Preisminderung gerichtet ist, doch, wie wir oben ausgeführt haben, ihren Charakter als Klage des *ius civile* beibehält; nur ihr Ziel ist verändert. Infolgedessen finden auch die Vorschriften über Verjährung der Klagen, die dem *ius civile* angehören, hier Anwendung. Diese aber bestimmen eine 30jährige Frist. Außerdem aber schlägt sich Keller selbst, wenn er von der *actio empti* in ihrer aedilitischen

---

[96] In Sells Jahrb. III S. 164.
[97] Vgl. auch Glück XX S. 153.
[98] Windscheid § 393, Anm. 12; Vangerow III S. 309.
[99] Seuffert X Nr. 30; 35, Nr. 108.

Funktion sagt, sie befände sich auf einem Gebiet, wo sie ihrer Natur nach unstatthaft ist. Damit sagt Keller doch selbst, daß die *actio empti* selbst dann, wenn sie ädilitische Ziele verfolgt, immer eine *actio iuris civilis* bleibt. Warum sollte sie aber dann nicht den für diese *actiones* geltenden Verjährungsvorschriften unterliegen? Daher ist die Windscheidsche Ansicht vorzuziehen.

---

§ 10.

4. Besonderheiten des Genuskaufs.

Die bisherige Erörterung hatte stets den Tatbestand zur Grundlage, daß eine individuelle (Spezies-) Sache Gegenstand des Kaufes war. Wie gestaltet sich nun aber die Rechtslage zwischen Käufer und Verkäufer, wenn die Kaufsache nur dem Genus nach bestimmt war, und ihr dann die *dicta et promissa* fehlten? Es ist insbesondere von Interesse, ob dieser Fall für die Frage nach den Voraussetzungen des Fehlens der *dicta et promissa* Abweichungen gegenüber den oben gewonnenen Ergebnissen zeitigt.

Der Genuskauf ist in den Quellen selbst nicht geregelt, doch gewann er im späteren gemeinen Recht als wichtigster Fall des Handelsverkehrs immer mehr an Bedeutung.[100]

---

[100] Die berühmte Kontroverse über die Anwendbarkeit des aedilitischen Rechts auf den Genuskauf ist für uns von minderer Bedeutung, da wir nur die besonderen Wirkungen des Fehlens der *dicta et promissa,* also vorzüglich die *actio empti,* betrachten wollen. Nach Goldschmidts Vorgang (siehe Goldschmidts Zeitschrift XIX S. 98 ff., und die dort Zitierten; besonders Hanausek

Es sind nun hauptsächlich zwei Punkte, die gerade bei der Frage nach dem Gegenstand der *dicta et promissa* beim Gattungskauf eine Rolle spielen. Zunächst wird nämlich von Hanausek[101] behauptet, daß der Verkäufer bei Lieferung einer Sache, die nicht zum vereinbarten Genus gehört, wegen Fehlens dieses vereinbarten Genus für das Interesse, wie beim Fehlen von *dicta et promissa*, einzustehen habe. Nach dem oben beschriebenen Anwendungsgebiet der *dicta et promissa* liegt nun keine Veranlassung vor, die Meinung Hanauseks für irrig zu halten. Wir hatten festgestellt, daß das Anwendungsgebiet der *dicta et promissa* in Bezug auf den Kreis der in ihnen möglicherweise enthaltenen Eigenschaften im gemeinen Recht nicht eingeschränkt war; es konnte also nicht nur die Abwesenheit jeder Art von Fehlern, sondern auch das Vorhandensein von Vorzügen durch *dicta et promissa* zugesichert werden. Für den Käufer kann nun die Zugehörigkeit eines Kaufgegenstandes zu einem bestimmten Genus zweifellos einen Vorzug bilden. Wir haben ferner gesehen, daß eine Form der Zusicherung im gemeinen Recht nicht notwendig war, ja, daß sogar stillschweigend bekundete *dicta* eine rechtliche Wirkung hervorzubringen vermochten. Wir können somit in der bloßen Vereinbarung eines bestimmten Genus beim Kauf einer Sache

---

S. 113 ff.; Dernburg S. 282; Balcke S. 13 ff.) hat sich die herrschende Meinung sowohl der Literatur wie der Praxis für die Anwendbarkeit entschieden.

Ebenso ist auch eine Beschäftigung mit dem dem Käufer zustehenden Nachlieferungsanspruch einer fehlerfreien Sache nicht vonnöten, da dieser keine besondere Wirkung des Fehlens der *dicta et promissa* beim Genuskauf bildet.

[101] Vgl. Hanausek S. 121.

dicta et promissa auf seiten des Verkäufers als vorliegend erachten. Wir gewinnen damit ferner aber das Ergebnis, daß die Zugehörigkeit zu einem Genus eine Eigenschaft ist, auf die sich die *dicta et promissa* beziehen, und daß eine sonst fehlerfreie Sache, die nicht zu einem bestimmten Genus gehört, als mangelhafte Sache anzusehen ist.

Eine Folge dieses Fehlens der *dicta et promissa,* nämlich des vereinbarten Genus, ist dann, daß der Käufer mittelst der *actio empti* sein Interesse einzuklagen berechtigt ist, d. h. diejenige Summe, um die sein Vermögen größer gewesen wäre, wenn die gelieferte Sache das vertragsmäßige Genus besessen hätte.[102] Auch ohne daß der gelieferten Sache sonstige *dicta et promissa* fehlen, hat also der Käufer, wenn das vereinbarte Genus fehlt, die *actio empti.*

Eine weitere Frage, die bezüglich des Anwendungsgebiets der *dicta et promissa* beim Genuskauf, eine gewisse Bedeutung einnimmt, ist die, ob, wie Windscheid[103] behauptet, bei einem Genuskauf in jedem Falle stillschweigend die Fehlerlosigkeit Gegenstand von *dicta et promissa* sei, sodaß also der Verkäufer auch ohne besondere Zusicherung der Abwesenheit bestimmter Fehler auf Grund der *actio empti* hafte, und somit hier ein Fall vorläge, wo der Abschluß eines Kaufvertrages ohne die gleichzeitige stillschweigende *dictio* der Fehlerlosigkeit der Kaufsache nicht möglich ist. Dieses merkwürdige Ergebnis hat denn auch lebhaften Widerspruch

[102] Vgl. Hanausek S. 121, Anm. 9.

[103] Windscheid, S. 693, Anm. 20, stellt bekanntlich diesen Satz als Grundlage für seine verneinende Ansicht betreffs der Frage nach der Anwendbarkeit des aedilitischen Edikts beim Genuskauf auf.

hervorgerufen.[104] Goldschmidt, und im Anschluß an ihn Hanausek heben z. B. hervor, daß wenn man beim Genuskauf die Fehlerlosigkeit als stillschweigend zugesichert erachte, man dies dann auch beim Spezieskauf annehmen müsse, denn, warum eine solche Interpretation bei diesem eine „viel ferner liegende“[105] sein solle als beim Genuskauf, sei nicht einzusehen. U. E. ist Windscheids Theorie nicht haltbar, denn es liegt kein Grund vor, hier einen Unterschied zu machen zwischen der Eigenschaft der Fehlerfreiheit und anderen Eigenschaften, wie z. B. Vorzügen, da, wie wir oben sahen, auch die Fehlerlosigkeit als Eigenschaft, die Gegenstand von *dicta et promissa* ist, aufgefaßt werden kann. Macht man ihn aber nicht, dann könnte der Käufer auch das Fehlen irgend eines Vorzugs, der ihm beim Kaufabschluß nicht zugesichert war, mit dem aber der Käufer die Genussache nachträglich gern ausgestattet gesehen hätte, geltend machen, und mit der *actio empti* sein Interesse fordern. In einer solchen Handlungsweise des Käufers aber würde eine Überrumpelung des Verkäufers liegen, und es würde schließlich dahin kommen, daß der Verkäufer bei jedem Genuskauf eine *actio empti* zu gewärtigen hätte, wenn er nicht, was unmöglich wäre, ausdrücklich alle irgendwie denkbaren Eigenschaften hervorhöbe, die der Genussache nicht

---

[104] Vgl. Kipp in Windscheid-Kipp § 255, Anm. 16; Goldschmidt XIX S. 109; Brinz S. 732, Anm. 81; Hanausek S. 114; Dernburg, Pandekten Bd. II S. 282, Anm. 24; Baleke S. 16 ff.

[105] Windscheid sagt nämlich a. a. O.: „Die Auslegung, »diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose«, ist eine viel ferner liegende, als bei dem Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung »eine Sache von diesen Merkmalen, und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen«.“

innewohnen, um so der Haftung aus einer „stillschweigenden Zusicherung“ zu entgehen. Daher ist Windscheids Theorie abzulehnen, und es ist vielmehr zu behaupten, daß beim Kauf einer Genussache deren Fehlerlosigkeit keineswegs als Gegenstand eines stillschweigenden *dictum* anzusehen ist, das bei seinem Nichtvorhandensein eine *actio empti* im Gefolge hätte.

Dies sind die für uns bemerkenswerten Besonderheiten des Genuskaufs im gemeinen Recht.

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 11.

1. Begriff der Zusicherung.

Wir wenden uns jetzt unserem geltenden deutschen bürgerlichen Recht zu, um auch hier die Voraussetzungen und besonderen Wirkungen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache zu beobachten. Das BGB. regelt, wie oben im § 1 dieser Abhandlung erwähnt worden ist, die Ansprüche des Käufers wegen Mängel der Kaufsache in den §§ 459—492. Der Fall, daß der Kaufsache zugesicherte Eigenschaften fehlen, ist als ein besonderer Grund für die Haftung des Verkäufers im Rahmen jener Gewährleistungsvorschriften gemäß § 459 Abs. 2 bezeichnet und im § 463 mit einer ihm eigentümlichen Konsequenz ausgestattet, nämlich einem Schadensersatzanspruch. Wenn wir nun im Folgenden das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf in seinen Voraussetzungen und besonderen Wirkungen betrachten wollen, so haben wir zunächst, um mit den Voraussetzungen zu beginnen, den Begriff der Zusicherung zu behandeln.

Was hat man nun auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches unter Zusicherung zu verstehen? Für die Beantwortung dieser Frage geben uns

zunächst die Motive zum BGB. einen Anhaltspunkt.[106] Sie sagen: „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann nichts anderes als die Übernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte.“ Der Gesetzgeber knüpft hier offenbar an den im römischen Recht geltenden Begriff der *„promissa“* als Zusicherungsbestandteil der *stipulatio* an. Es ist nun darüber gestritten worden, ob unter der Zusicherung im Sinne des BGB. auch die bloße Angabe von Eigenschaften zu verstehen sei. Crome, Oertmann und im Anschluß an sie auch Ehrlich[107] wollen ein Garantieversprechen anders behandelt wissen als bloße Angaben. Eine solche Ansicht entspricht jedoch nicht der historischen Entwickelung, die der Begriff der *„dicta et promissa“*, wie wir oben sahen, genommen hat. Seit Einführung des aedilitischen Edikts ist bis in die Zeit des gemeinen Rechts um 1900 kein Unterschied mehr gemacht worden zwischen formvollen *promissa* (»Garantieversprechen«) und *dicta* (»Angaben«). Wenn man sich sodann vergegenwärtigt, daß es um so mehr nach dem Obligationsrecht des nach moderner Verkehrsbeweglichkeit strebenden bürgerlichen Gesetzbuches einen Verbalkontrakt, dessen Wirkungen an besondere Formen geknüpft sind, nicht mehr gibt, daß vielmehr jede deutlich erkennbare Willenserklärung eines Geschäftsfähigen, falls das Gesetz nicht schriftliche oder stren-

---

[106] Motive Bd. II S. 228.

[107] Crome im Archiv für zivil. Prax. Bd. 78 S. 122 ff.; Ehrlich S. 29; Oertmann S. 366, Nr. 5 a; R. G. vom 26./11. 07 im Recht 1908 Nr. 1, S. 9, Nr. 44.

gere Form fordert, ihre volle Wirkung begründet, so wird man Cromes Ansicht ablehnen müssen.

Der Schwerpunkt der Frage, was unter Zusicherung zu verstehen ist, liegt überhaupt nicht darin, ob nicht auch bloß angegebene im Gegensatz zu garantierten Eigenschaften darunter fallen, sondern darin, ob die Zusicherung eine einseitige Willenserklärung des Verkäufers nach heutigem Rechte darstellt, welche jenen besonders verpflichtet, im Gegensatz zu der Natur der Zusicherung als einem Nebenvertrag zwischen Käufer und Verkäufer, der neben dem Hauptvertrag (dem Kauf) herläuft. Die Judikatur hat nun in mehreren übereinstimmenden Entscheidungen die letztere Ansicht vertreten.[108] Das Reichsgericht insbesondere[109] führt aus, daß „nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung, und nicht jede Äußerung des Verkäufers ohne weiteres als Zusicherung nach § 459 Abs. 2 betrachtet werden könne, vielmehr sei erforderlich, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßig verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde."

Von beiden Teilen ist sonach das Bewußtsein zu verlangen, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden solle. Hierin muß zwischen den Parteien Willensübereinstimmung vorliegen.[110] So sagt auch

[108] Vgl. u. a. R. G. 54, 223; Gruchot 48, 343; Seuffert 60, 4.

[109] Siehe Seuffert 59, 151.

[110] Vgl. bayrisches Oberstes L. G. Bd. 3 (n. F.) S. 547 ff.; O. L. G. IX S. 1 sub 1 b; Seufferts Archiv Bd. 60 S. 7; Blätter für R. A. Bd. 70 S. 433; Recht 07 Nr. 1008 und 1422; so ist ferner

Schneider[111]: „Vergegenwärtigt man sich, welche fast ungemessene Verantwortlichkeit den Schadensersatzpflichtigen nach § 463 BGB. bei einer ermangelnden Zusicherung trifft, so liegt klar zu Tage, welche Gefahr alle Verkäufer bei einer zu weitgehenden richterlichen Annahme von »Zusicherungen« beim Kaufvertrag treffen muß." Aber nicht nur aus diesem Grunde, der auf der Billigkeit beruht, ist es notwendig, die Zusicherung als eine zweiseitige, vertragliche Übereinkunft zwischen Käufer und Verkäufer aufzufassen, sondern auch deshalb, weil, wie wir unten sehen werden, das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften einen Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erzeugt. Dieser Anspruch beruht auf dem Kaufrecht, denn er bildet eines der den Käufer schützenden Rechte und wird gewährt wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, denn, daß der Kauf ein Vertrag ist, kann doch nicht bestritten werden; fehlen also die durch die »Zusicherung« in Aussicht gestellten Eigenschaften, so hat damit der Verkäufer auch zugleich einen Teil des Kaufvertrages verletzt. Es ist daher nur folgerichtig, wenn man der Zusicherung als Willenserklärung, die einen Teil des Kaufvertrages bildet, und einer in den Vertragsrahmen vorgenommenen Einfügung auch vertraglichen Charakter beimißt und sie nur auf Grund eines Vertrages entstehen läßt. Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Meinung geteilt.[112]

entschieden worden, daß die Nichtaufnahme der Zusicherung in den Schlußschein Ausschluß der Haftung hervorrufe; vgl. Bolze Bd. 22, Nr. 433.

[111] Im Recht 03 S. 522.

[112] Vgl. Staudinger S. 504 IV 1 a; Schultetus S. 4; Schröder S. 80; Fischer-Henle S. 243; Schneider, Recht 03 S. 522; Ende-

Wenn daher das Gesetz von »zugesicherten« Eigenschaften spricht, so meint es damit »vertraglich angegebene« Eigenschaften, indem es zwar die bloß einseitig angegebenen Eigenschaften ausschließt, andererseits aber auf das Postulat der Garantieübernahme *(„promissa")* keinen Wert legt. Das BGB. macht also, ebenso wie das gemeine Recht, keinen Unterschied zwischen angegebenen *(„dicta")* und garantierten *(„promissa")* Eigenschaften, beschränkt jedoch, — und darin liegt schon ein tiefgreifender Gegensatz zwischen dem Systeme des gemeinen Rechts und dem des bürgerlichen Gesetzbuches — den Begriff der rechtlich wirksamen Angaben nur auf diejenigen, die durch zweiseitige Vereinbarungen zustande kommen.[113] Es erhebt sich nun aber die Frage, wann eine Zusicherung, die das Charakteristikum der Vertragsmäßigkeit enthält, vorliegt. Eine Entscheidung des Reichsgerichts[114] sagt, dies sei nur dann der Fall, „wenn sie vom Käufer gefordert, vom Verkäufer erteilt sei." Diese Definition würde dann auch das Erfordernis enthalten, daß Willensübereinstimmung zwischen den Parteien herrschen müsse.[115] Daraus geht ferner hervor, daß

---

mann S. 990, Anm. 23; Planck S. 363, 2 a; Oertmann, der der hier vorgetragenen Ansicht nahekommt, S. 367 oben.

[113] Obgleich auch im gemeinen Recht der Anspruch auf das Interesse wegen fehlender *dicta et promissa* einer *actio empti* (der Kaufvertragsklage) entsprang, hat die gemeinrechtliche Lehre nicht die Konsequenz zu ziehen gewagt, nur die vertraglich erklärten *dicta* gelten zu lassen, da *dicta*, wie oben gezeigt, im alten Recht bloß einseitige Erklärungen des Verkäufers darstellten.

[114] In J. W. 03 B. 43.

[115] Vgl. auch Windscheid-Kipp S. 243: „Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Vertragschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein

bei den Parteivereinbarungen die Zusicherung auf Seiten des Verkäufers zum Ausdruck gekommen, und daß diese den Verkäufer verpflichtende Tatsache zugleich eine den Käufer berechtigende und als solche auch vom Käufer entgegengenommen sein muß.

Diese Behauptung schließt nun aber nicht aus, daß nach BGB. auch eine Zusicherung stillschweigend erklärt werden kann. Wenngleich bestritten, ist nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches u. E. kein Zweifel vorhanden, daß eine stillschweigende Zusicherung dieselben rechtlichen Wirkungen erzeuge, wie eine solche *expressis verbis*. Dagegen hat Staudinger[116] nun behauptet, eine vertragliche Zusicherung könne nicht stillschweigend begründet werden. Er bezieht sich dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[117] und des O. L. G. Stuttgart.[118] Was die erstere Entscheidung anlangt, so ergibt sich aus ihr nur, daß die Zusicherung einen erkennbaren Willen der Parteien, dieselbe zum Vertragsbestandteil zu machen, voraussetzt. Woraus dieser Wille festzustellen ist, wird nicht gesagt.[119]

---

wolle, die des anderen Vertragschließenden darauf, daß er diesen Vertragswillen ergreife, sich aneigne.“ Kipp bemerkt dazu: „Diese Sätze treffen auch für das Recht des BGB. zu.“ So sagt auch Endemann (S. 318): „Ein Vertrag kommt zustande durch die Willenseinigung zweier Personen, die sich auf die Herbeiführung eines gemeinsam gewollten und sie als gegenüberstehende Parteien verbindenden Rechtserfolges bezieht. . . Der Geschäftswille wird auf dasselbe Ziel gerichtet, insbesondere wird bei allen Schuldverträgen der Rechtsanspruch des Einen aus der entsprechend begründeten Verpflichtung des Anderen geschaffen.“ Ähnlich auch Cosack I S. 154 II 1; Engelmann S. 92.

[116] Bd. II S. 507 IV 1 a.

[117] In D. J. Z. 03 S. 31.

[118] In D. J. Z. 04 S. 512.

[119] Vgl. Schneider, Recht 03 S. 522 ff., sowie Schultetus S. 5, die das Urteil einer eingehenden Kritik unterziehen.

Ebenso wird in dem andern von Staudinger herangezogenen Falle der Käufer einer vermeintlich echten Sèvres-Vase nur deshalb mit seiner Klage abgewiesen, weil sich aus tatsächlichen Gründen eine stillschweigende Zusicherung der Echtheit der Vase nicht folgern lasse. Damit ist aber keineswegs von dem damals erkennenden Gericht behauptet worden, daß eine stillschweigende Zusicherung keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen könne.

Wir sehen somit, daß jene Urteile nicht geeignet sind, eine Stütze der Staudingerschen Ansicht zu bilden. Vielmehr halten wir die Meinung für gerechtfertigt, daß auch eine stillschweigende Zusicherung rechtlich bedeutungsvoll sei; denn, wie wir oben ausgeführt haben, ist die Zusicherung als Vertragsbestandteil aufzufassen und birgt eine vertragliche Natur in sich; sie bildet eine Art Nebenvertrag; dieser Vertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Nach BGB. ist es nun aber möglich, daß Willenserklärungen stillschweigend ausgedrückt werden können.[120] Demnach kann auch ein Vertrag durch eine stillschweigende Willenserklärung zustande kommen, also auch ein Vertrag über das Vorhandensein von Eigenschaften, besonders dann, wenn auf Grund vorausgegangener Parteiverhandlungen der Abschluß eines Vertrages auf Lieferung der Sache zu einem bestimmten Zweck ohne besondere Erwähnung die Eignung dieser Sache zu dem bestimmten Zweck miteinschließt. Wenn jemand z. B. zu einem Hundehändler geht und teilt ihm mit, daß er eine Jagd gepachtet hätte und wolle

[120] Vgl. z. B. Engelmann S. 99; Cosack S. 179; Endemann S. 295.

nun einen Hund kaufen, und der Verkäufer auch weiter keine wörtliche Zusicherung betreffs der Eigenschaften des zu verkaufenden Hundes abgibt, so ist doch auf Grund der vorausgegangenen Erklärungen auf Seiten des Käufers die Eigenschaft als zugesichert zu erachten, daß der verkaufte Hund als Jagdhund geeignet sei. Dies geht nämlich aus den Umständen hervor, unter welchen der Kauf abgeschlossen wurde. Da eine stillschweigende Erklärung vorausging, der Hund solle zur Jagd gebraucht werden und der Händler, wenn auch ebenfalls stillschweigend, sich mit der Zweckbestimmung des Hundes einverstanden erklärte und dann den Hund verkaufte, so ist hier die Tauglichkeit des Hundes zur Jagd als zugesichert zu erachten und der Verkäufer haftet beim Fehlen derselben, wie wenn er die Eigenschaft ausdrücklich zugesichert haben würde.[121]

Man könnte nun einwenden, es handele sich in dem hier gebildeten Beispiel um eine nach dem Vertrag vorausgesetzte, nicht aber um eine zugesicherte Eigenschaft, wie denn überhaupt die stillschweigend zugesicherte und die nach dem Vertrage bloß vorausgesetzte Eigenschaft[122] zahlreiche Berührungspunkte haben und der Auslegung oft Schwierigkeiten bereiten. „Hat man doch schon in jeder Sachbezeichnung, in jeder Bestimmung eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauches eine stillschweigende Zustimmung mit all ihren den arglosesten Verkäufer bedrohenden Folgen erblickt. Darnach wäre es eigentlich kaum noch mög-

[121] Siehe auch Schloßmann S. 53.

[122] Vgl. den im § 459 Abs. 1 BGB. erwähnten „vorausgesetzten“ Gebrauch der Sache.

lich, einen Kaufvertrag ohne »Zusicherung« der Angaben abzuschließen, die zu der doch unumgänglich nötigen Bestimmung des Kaufgegenstandes gehören.“ [123] Daher ist es wichtig, eine Abgrenzung zwischen den stillschweigend zugesicherten und denjenigen Eigenschaften vorzunehmen, deren Fehlen den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch der Sache aufheben oder mindern würde; Schollmeyer [124] definiert z. B.: „Der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch ist ein solcher, den beide Kontrahenten als möglich ansehen. Die zugesicherte Eigenschaft aber ist eine solche, welche der Käufer geradezu (ausdrücklich oder stillschweigend) garantiert hat.“ U. E. trifft diese Begriffsbestimmung nicht den Kern des Gegensatzes zwischen vorausgesetzter und stillschweigend zugesicherter Eigenschaft. Gemeinsam ist zunächst beiden Begriffen die vertragliche Grundlage [125] und mithin die Möglichkeit stillschweigender Kundbarmachung. Der Unterschied zwischen ihnen ist jedoch folgender: Die vorausgesetzte Eigenschaft ist eine solche, deren Vorhandensein bei den Kaufverhandlungen als einer der vielen möglichen Beweggründe zum Abschluß des Kaufvertrages hervortrat; es ist jedoch nichts darüber bekundet worden, daß sie tatsächlich vorhanden sei; die zugesicherte Eigenschaft dagegen ist eine solche, von der stillschweigend oder ausdrücklich behauptet worden ist, daß sie tatsächlich vorhanden sei.

Wenn nun endlich Emerich [125a] ausführt, es sei anzunehmen, daß die Zusicherung eine ausdrückliche sein

[123] Vgl. Schneider, Recht 03 S. 522.

[124] Schuldverhältnisse S. 25.

[125] Vgl. dazu auch u. a. Staudinger S. 503 III 1 b; Oertmann S. 365; Endemann S. 990, Anm. 21.

[125a] Emerich a. a. O. S. 61.

müsse, denn sonst müßte schließlich jede wesentliche Eigenschaft, welche nach dem Verkehr einer solchen Sache regelmäßig zukommt, als zugesicherte Eigenschaft betrachtet werden, so ist nicht einzusehen, inwiefern ein solcher Schluß gerechtfertigt ist, da man doch in der Zusicherung eine zweiseitige Willensübereinstimmung über das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft zu erblicken, und wo diese sich nicht aus den Vertragsverhandlungen oder den Umständen und sonstigen Erklärungen des Verkäufers entnehmen läßt, auch das Vorliegen einer Zusicherung zu verneinen hat.

Ein ferneres Erfordernis der Zusicherung gemäß §§ 459 Abs. 2 ff. BGB. ist, daß sie ernst gemeint sei. Diese an sich gewöhnliche Grundlage einer jeden rechtswirksamen Willenserklärung würde, wenn sie nicht vorhanden wäre, nach § 118 BGB. die Willenserklärung nichtig machen. Für die uns hier beschäftigenden Fragen aber ist dieser Fall von großer Bedeutung. Denn manche Verkäufer lieben es, durch marktschreierische Empfehlungen den Wert ihrer Ware in den Augen der Käufer zu erhöhen,[126] Für den Richter erwächst dann die Aufgabe, festzustellen, was im einzelnen Fall nur als scherzhafte, daher bedeutungslose Anpreisung aufzufassen ist, und was als ernstgemeinte Zusicherung einer Eigenschaft den Verkäufer haften läßt.[127] Die

[126] Diesen oft schädlichen Erscheinungen unseres Wirtschaftslebens tritt besonders das Reichsgesetz vom 27./5. 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes entgegen; es läßt sich daher aus ihm ein im Zweifel strenger Maßstab für die rechtliche Würdigung von Zusicherungen entnehmen, weil nunmehr die Vermutung für die Ernstlichkeit der Zusicherung eines „unverwüstlichen“ Gegenstandes spricht. (Vgl. auch Emerich S. 61, Anm. 1 und Endemann S. 991, Anm. 25.)

[127] Schon in den Quellen des gemeinen Rechts wurde auf

Judikatur gibt daher auch in zahlreichen Beispielen eine Richtschnur zur Beurteilung derartiger Fälle.[128]

Wir haben uns jetzt der Frage zuzuwenden, wann die Zusicherung, soweit sie ausdrücklich und nicht nur stillschweigend geschieht, gegeben werden muß, um die ihr in den §§ 459[II] ff. verliehenen Wirkungen zu erzeugen. Nachdem wir oben die Zusicherung als Bestandteil des Kaufvertrages erklärt haben, müssen wir auch verlangen, daß die Zusicherung entweder während des Kaufvertrages, d. h. vor Abschluß desselben oder vor Beendigung der zu diesem Zwecke geführten Verhandlungen geschehen sei. Es muß die Zusicherung *in continenti* mit den übrigen Verhandlungen gegeben werden. Wann im einzelnen ein Vertrag als abgeschlossen, m. a. W. eine Willensübereinstimmung zwischen Käufer und Verkäufer als erreicht zu erachten sei, bleibt mit Rücksicht auf die Formfreiheit der Ver-

---

den Unterschied hingewiesen (siehe die oben S. 13/14 zitierten Quellenstellen); vgl. aus der bürgerlich-rechtlichen Literatur Landsberg S. 426, Anm. 3; Kuhlenbeck Bd. I S. 382, Anm. 6; Weyl I S. 403, Ziffer 6; Staudinger S. 508 [2]; Oertmann S. 367; Planck S. 363; Eccius S. 309.

[128] So hat z. B. das Reichsgericht in Seuffert 58, 4 entschieden, daß beim Pferdehandel die Zusicherung völliger Gesundheit als Zusicherung einer Eigenschaft gelte. Wenn dagegen der Verkäufer eines Backofens gesagt habe, der Ofen sei gut, so liege darin keine Zusicherung (O. L. G. Jena im Recht 02 S. 613); über „jahrelange Haltbarkeit" vgl. Bolze Bd. 23 Nr. 508; über die Wirkung der Zusicherung der Eigenschaft einer Leiter als „Patent"leiter, siehe R. G. Bd. 34 S. 215, wo die Zusicherung verneint wird; über den Begriff des Zusatzes „ungefähr" siehe Bolze Bd. 17 Nr. 315. Für den Begriff der Zusicherung ist auch lehrreich ein Urteil des O. L. G. Hamburg im Recht Bd. 2 S. 280, wo gesagt wird, daß, wenn beim Handelskauf die Verschiffung einer Ware von einem bestimmten Produktionslande bedungen wäre, die Vermutung dafür spräche, daß Ware dieses Landes zu liefern sei.

träge im BGB. schließlich Tatfrage. Es kommen dann auch die Vorschriften der §§ 145—147 BGB. in Betracht. Wird eine Zusicherung vom Verkäufer gemacht, nachdem ein Abschluß des Kaufvertrages selbst schon stattgefunden hat, so müssen die Parteiverhandlungen erkennen lassen, daß sich die Zusicherung auch auf den im Kaufvertrage beregten Gegenstand beziehen soll, weil sonst die Zusicherung keinen Raum mehr im Kaufvertrag gefunden hat, und die Haftung aus der Zusicherung doch immer eine solche auf Grund des Vertrages darstellt.

Aus eben dieser Zugehörigkeit der Zusicherung zum Umfang des Kaufvertrages folgt endlich noch eine Konsequenz für die Form der Zusicherung von Eigenschaften, die sich auf Grundstücke beziehen. Der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[129] Eine der wichtigsten Pflichten des Verkäufers ist nun nach § 433 BGB., dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen. Bei Grundstückskäufen spielt daher diese strenge Formvorschrift, die von voreiliger Verschleuderung des Grundbesitzes abhalten will, eine Hauptrolle. Es ist nun bestritten, ob das Fehlen von Eigenschaften eines Grundstücks, die nicht ausdrücklich vom Käufer im notariellen Vertrage zugesichert sind, eine Haftung des Verkäufers auf Grund der §§ 459 II, 463 begründet. Dernburg[130] meint, daß Treu und Glauben eine Berücksichtigung der neben einem formgültigen Vertrage formlos gemachten Zu-

[129] Vgl. § 313 BGB.
[130] Bd. II S. 64.

sicherungen verlange. Diese Auffassung widerspricht jedoch u. E. nicht nur dem Zweck des § 313 BGB., sondern auch der Rechtsnatur der Zusicherung, wie wir sie oben festgelegt haben. Einerseits nämlich sind die präzisen und absichtlich weitläufigen Formvorschriften des § 313 ein wirksames Mittel, um den Käufer zu mahnen, gegenüber leichtsinnigen Versprechungen des Verkäufers auf seiner Hut zu sein. Sieht sich dann der Käufer nicht vor, so ist es nicht mehr wie billig, daß seine Berufung auf Treu und Glauben kein Gehör findet. Andererseits liegt aber auch kein Grund vor, die Zusicherung, die wir für einen Vertragsbestandteil erklärt hatten, nicht als unter die Vorschriften des § 313 fallend zu betrachten, da dieser doch von einem »Vertrage« redet, ohne eine besondere Ausnahme wegen einzelner Vertragsbestandteile wie z. B. die Zusicherung zu machen. Derselben Ansicht ist auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen.[131] Im Bd. 56 S. 50 stellt es besonders fest, daß aus der Unwirksamkeit der neben einem formgültigen Vertrage formlos gemachten Zusicherungen gemäß § 139 BGB. regelmäßig die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrages folge, wenn dieser nicht auch ohne die Zusicherung abgeschlossen sein würde.

Endlich sei noch des Falles Erwähnung getan, daß dem Käufer im Auftrage des Verkäufers von einer dritten Person Zusicherungen erteilt worden sind. Soweit diese als Vertreter gehandelt haben, wird nach

---

[131] Vgl. R. G. 52, 5; 54, 223; 56, 50; ebenso aus der Literatur: Oertmann S. 367, Abs. 3; Schultetus S. 6; Staudinger S. 508 [3]; Eccius bei Gruchot 43, 309; Schneider im Recht 03 S. 522 ff.; Planck Anm. 2 a S. 363; Enneccerus S. 847, 2 β.

§ 164 BGB. auch der Verkäufer mitverpflichtet. Betreffs eines Vermittlers ist jedoch entschieden worden, daß für dessen Zusicherungen der Verkäufer nicht haftet, soweit sie von diesem ohne Wissen des Verkäufers gemacht worden sind.[132]

---

§ 12.

2. Begriff der Eigenschaften.

Wir haben uns jetzt der Erörterung des Begriffes »Eigenschaft« innerhalb unserer Aufgabe zuzuwenden. Was zunächst den allgemeinen Begriff »Eigenschaft« anlangt, so ist dieser außerordentlich bestritten, und jeder Versuch, ihn im Verhältnis zu dem Subjekt und zu der Substanz, von der die Eigenschaft ausgesagt wird, zu bestimmen, führt zu den tiefsten Problemen menschlichen Denkens.[133] Wir werden uns daher bei der Darstellung des Begriffes »Eigenschaft« nur auf die Frage beschränken, welcher Kreis von Eigenschaften überhaupt in § 459 Abs. 2 mit dem Wort »Eigenschaft« gemeint ist. Es entsteht nun die Frage, ob man unter den Eigenschaften hier nur körperliche, bezw. wie Kohler[134] sagt, gegenständliche, Merkmale

[132] Vgl. J. W. 04 S. 354 und Seuffert 60, 261.

[133] Vgl. Schloßmann S. 4, der keine zusammenfassende Definition der Eigenschaft gibt; Zitelmann S. 446 definiert den Begriff »Eigenschaft« dahin, sie sei alles das, was von einer Sache ausgesagt werden könne; Schloßmann a. a. O. weist aber mit Recht darauf hin, daß diese Begriffsbestimmung zu weit sei, weil man von einem Dinge auch sagen könne, es existiere oder existiere nicht, und gleichwohl Existenz keine Eigenschaft sei.

[134] Kohler S. 243 I.

der Kaufsache zu verstehen habe, oder ob hierunter auch nichtphysische, wie rechtliche und wirtschaftliche Merkmale zu bringen seien. Staudinger S. 509, der in der ersten Auflage noch entgegengesetzter Ansicht war, verneint die Notwendigkeit der Beschränkung auf physische Eigenschaften, denn es habe der § 459 Abs. 2 keinen zwingend beschränkenden Charakter, und es sei nicht einzusehen, warum gerade hier die Parteiabrede ausnahmsweise keine Kraft haben solle. Diese Ansicht Staudingers stimmt überein mit der herrschenden Meinung in der Literatur und Judikatur. Sie rechtfertigt sich aber auch aus historischen Gründen, denn schon in den Quellen des gemeinen Rechts, z. B. im aedilitischen Edikt fanden wir nicht nur die Abwesenheit körperlicher Fehler *(vitia corporis)*, sondern auch die von *vitia animi* und anderen nichtphysischen Mängeln als Gegenstand der *dicta et promissa*,[135] vor. Sollte nun der den *dicta et promissa* im gemeinen Recht entsprechende Begriff der zugesicherten Eigenschaften im bürgerlichen Gesetzbuch weniger fortschrittlich gestaltet und nur auf physische Eigenschaften beschränkt sein?[136] Dies ist nicht wahrscheinlich, und wir haben daher keine Ursache, uns mit der herrschenden Meinung in Widerspruch zu setzen; vielmehr können wir mit dem Reichsgericht[137] sagen, daß zu den Eigenschaften der Sache nicht nur die natürlichen,

[135] Z. B. heißt es in l. 1 § 1 D. 21, 1: *quis noxa solutus non sit.*

[136] Daß übrigens auch im BGB. die Abwesenheit von bestimmten Fehlern eine Eigenschaft darstellt, ergeben die weiteren Ausführungen dieser Abhandlung.

[137] R. G. 52 S. 2 ff.; es lehnt sich hier an eine ähnlich lautende Formulierung aus der Zeit des gemeinen Rechts an (R. G. 21, 311)); siehe aber auch ferner O. L. G. VIII, 66 und J. W. 02 Beil. 12 S. 270.

der Sache an und für sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse gehören, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen.[138] Hierdurch ist der Judikatur ein weiter Spielraum gelassen, und wir finden somit die mannigfachsten Beziehungen einer Sache unter dem Begriff Eigenschaft verstanden. So ist entschieden worden, daß die Höhe des Mietserträgnisses eines verkauften Hauses eine Eigenschaft gemäß § 459 Abs. 2 sei;[139] ebenso auch die Rentabilität eines Werks[140] oder die Absatzfähigkeit verkauften Bieres,[141] sowie das Vorhandensein eines leerstehenden unvermieteten Raumes.[142] Wichtig ist ferner, daß nach Ansicht des Reichsgerichts auch die Höhe der Feuerversicherung als Eigenschaft eines Grundstücks gelten kann;[143] ebenso die Reinheit der Baulandfläche beim Kauf eines Bauterrains;[144] auch kann als Eigenschaft einer Ware gemäß § 459

---

[138] Ebenso aus der Literatur Schröder, der die Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2 allerdings etwas zu farblos, als „alle irgendwie für den Käufer in Betracht kommenden Beziehungen und Verhältnisse der Kaufsache ansieht"; ähnlich wie das Reichsgericht definieren auch Planck S. 363; Oertmann S. 367; Endemann S. 990, Anm. 23; wie hier anscheinend auch Cosack S. 452; siehe ferner Dernburg, BGB. Bd. 2 S. 63; Crome S. 457, Anm. 19, und besonders im Recht 02 S. 333 ff.; Ehrlich S. 30; Goudefroy S. 17; Langbein S. 13.

[139] Vgl. R. G. im Recht 1906 S. 295; 1907 Nr. 3476.

[140] Vgl. R. G. in Gruchot Bd. 51 S. 942.

[141] R. G. im Recht 1907 Nr. 1631; wegen Ertragsfähigkeit eines Grundstücks aber vgl. O. L. G. Dresden im sächs. Archiv 1906 S. 78 ff.

[142] Vgl. R. G. vom 2. November 1907, im Warneyer VII. Jahrgang S. 27.

[143] Vgl. R. G. 54 S. 222; siehe auch O. L. G. Bd. 13 S. 412.

[144] Vgl. R. G. vom 25. 10. 02 in D. J. Z. VIII S. 31.

Abs. 2 nicht nur der Umstand angesehen werden, daß sie in einem gewissen Bezirk noch nicht eingeführt ist, sondern auch die Abladezeit und Abfahrtzeit der für sie bestimmten Transportmittel.[145] Im Grundstücksverkehr spielt auch die Tatsache der Baureife eine wichtige Rolle. Das Reichsgericht hat mit Recht hierunter nicht durchweg eine Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 erblickt. Es sagt,[146] wenn der Verkäufer erklärt habe, daß das Grundstück nach Erfüllung gewisser Bedingungen nach den ortsstatutarischen Vorschriften der Bebauung erschlossen und damit baureif auch im rechtlichen Sinne werde, so sei damit noch keine Eigenschaft des Grundstücks zugesichert, sondern der Fehler liege hier lediglich in der Spekulation der Parteien, anders dagegen, wenn der Verkäufer z. B. bestimmt gesagt habe, daß die Verhältnisse schon seitens der maßgebenden Behörden entschieden worden seien, und nur so und soviel Grund zur Straße gezogen werde.[147] Es ist nun unter Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB. nicht nur eine solche zu verstehen, die der zu verkaufenden Sache eine wirkliche Werterhöhung verleiht, sondern es kann auch eine Sache auf Wunsch des Käufers in einer derartigen Gestalt zugesichert worden sein, daß sie nach normaler Verkehrsauffassung ohne die zugesicherte Eigenschaft entschieden wertvoller und brauchbarer gewesen wäre, so z. B. in dem von Cosack gebildeten Beispiel.[148]

---

[145] Vgl. Dernburg S. 63 R. O. H. G. Bd. 24 S. 194.

[146] In bayrischer Z. f. R. Bd. 1 S. 442 und R. G. Bd. 52 S. 429.

[147] Vgl. D. J. Z. 03 S. 31, und ferner Staudinger S. 511—12; Oertmann S. 367—68.

[148] Cosack S. 453: „A. sendet dem B. das bestellte Taschenmesser mit Korkzieher, obschon B. sich den Korkzieher aus-

Wie im gemeinen Recht, so erstreckt sich auch im BGB. die Zusicherung von Eigenschaften nicht minder auf das Vorhandensein von Vorzügen als auf die Abwesenheit von Fehlern. Dies geht deutlich aus § 460, S. 2 hervor. Dort heißt es nämlich: „Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat." Unter diesen Fehlern können aber auch solche verstanden werden, für die der Verkäufer ohnehin nach § 459, Abs. 1 BGB. auf Grund des Gesetzes haften würde. Denn eine besondere vertragliche Haftungsübernahme auch für die in § 459 Abs. 1 erwähnten Fehler würde insofern von weittragender Bedeutung sein, als der Verkäufer hierdurch auch die in § 463 BGB. enthaltene Folge auf sich laden und dadurch seine Verpflichtungen dem Käufer gegenüber extensiv vergrößern würde.[149] So ist auch entschieden worden, daß man sich die Lieferung »reiner« Weine zusichern lassen könne, das heißt doch nichts anderes, als daß den Weinen kein minderwertiger Zusatz an anderen Weinen oder gar an Wasser beigebracht werden dürfe.

---

drücklich verbeten hat. Der Preis des Messers wird durch den Korkzieher nicht erhöht, die Haltbarkeit nicht vermindert, Aussehen und Brauchbarkeit geradezu verbessert." Vgl. auch Endemann S. 991, Anm. 26, welcher sagt, der Richter habe zu prüfen, ob die Zusicherung etwas Vernünftiges enthalte, sofern die Ernstlichkeit des Vertrages und die Verkehrsfähigkeit der Vertragschließenden feststehe.

[149] Vgl. Cosack S. 452; Oertmann S. 368; siehe hierzu auch Matthiaß I S. 497; Eck I S. 446 b; Planck S. 364; Endemann S. 990; a. M. Goldmann-Lilienthal § 134 S. 495.

Eine weitere Frage, die sich bei Untersuchung des Begriffs »Eigenschaft« im § 459 Abs. 2 ff. erhebt, ist die, ob die Eigenschaft eine erhebliche sein muß, die den Käufer vielleicht zum Abschluß des Kaufes überhaupt erst bewogen hat, oder ob auch eine nur unerhebliche Abweichung des Kaufobjekts von der zugesicherten Qualität genüge, den Verkäufer mit der ganzen Schwere des § 463 zu treffen. Das Reichsgericht[150] stimmt der Ansicht zu, daß bei Zusicherungen von Eigenschaften die in § 459 Abs. 1 S. 2 aufgestellte Regel[151] nicht gelte, daß vielmehr auch unerhebliche Mängel[152] die Pflichten der Gewährleistung gemäß § 459 Abs. 2 erzeugen. Römer[153] führt bei Besprechung dieser Entscheidung aus, daß, wenn diese Auslegung des § 459 streng nach ihrem Wortlaut zu verstehen sei, eine Haftung des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften immer noch das Bestehen eines, wenn auch nur unerheblichen Mangels voraussetzen würde und ausgeschlossen wäre, wenn zwar eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, hierdurch jedoch nicht einmal ein unerheblicher Mangel verursacht, sondern

---

[150] R. G. Bd. 47 S. 135 ff.

[151] Hier heißt es: „Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit oder des Wertes kommt nicht in Betracht."

[152] Daß das Nichtverhandensein der zugesicherten Eigenschaften ein Mangel ist, deuten u. E. die dem § 459 BGB. vorgesetzte Überschrift „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" an, sowie der Wortlaut des § 459 Abs. 2 BGB.: „Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat." Beide Absätze des § 459 behandeln Fälle von Sachmängeln. Siehe auch § 462 BGB., wo unterschiedslos von einer Mängelhaftung auf Grund von § 459 BGB. die Rede ist, und § 459 Abs. 1 von Abs. 2 nicht getrennt wird.

[153] D. J. Z. 04, 592.

nur ein Affektionsinteresse des Käufers nicht befriedigt werden würde.

Diese Folgerung Römers ist abwegig. Eine Haftung des Verkäufers für eine Eigenschaft, deren Fehlen nur wegen eines Affektionsinteresses des Käufers einen Mangel bedeutet, fällt doch keineswegs deshalb fort, weil auch unerhebliche Mängel eine Haftung erzeugen. Außerdem sind doch unstreitig alle Mängel entweder erheblich oder unerheblich; es gibt daher überhaupt keinen Mangel, sei er selbst nur aus dem „Affektionsinteresse" des Käufers geboren, der nicht wenigstens unerheblich ist, und ist er nicht einmal unerheblich, so bedarf der Käufer keines Schutzes, weil dann eben die Sache mängelfrei ist; es ist demnach die Ansicht, daß eine unerhebliche Abweichung von der Zusicherung noch keine Klage gemäß § 463 BGB. gewähre, zu verwerfen,[154] und auch unerhebliche Abweichungen von der zugesicherten Eigenschaft werden daher dem Käufer die Rechte aus § 463 BGB. geben. Andererseits aber darf nicht jede kleinste Abweichung von den zugesicherten Eigenschaften, die für den Käufer keinerlei Bedeutung hat, gerügt werden. Das Schikaneverbot des § 226 BGB. würde dem entgegentreten.[155]

Besonderes schreibt das BGB. bezüglich der Größe von Grundstücken vor. Wir hatten oben die Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 schlechthin als Merkmal, das nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegt, hin-

[154] So auch Staudinger S. 510 Nr. 6; Enneccerus S. 534 2b; Cosack S. 453; Oertmann S. 368; R. G. in J. W. 07 Nr. 300.

[155] Vgl. auch Crome S. 457 Anm. 22; Seuffert Bd. 62 S. 391; Recht 07 Nr. 573; Recht 08 S. 121 Nr. 716.

gestellt. Wir müssen nun zugeben, daß das BGB. im § 468 eine Vorschrift gibt, die eine Einengung des eben bezeichneten Gebiets der »Eigenschaft« bildet. § 468 lautet nämlich: „Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft.“[156] Indem hier das Gesetz nun ausdrücklich hervorhebt, daß der Verkäufer für die zugesicherte Größe eines Grundstücks wie für eine zugesicherte Eigenschaft haftet, weist es darauf hin, daß die Größe des Grundstücks nicht eine Eigenschaft desselben ist. Dies geschieht mit gutem Grunde. Wenn man nämlich von der Größe eines Gegenstandes allgemein spricht, so kann man darunter nicht nur eine Quantitäts-, sondern unter den Voraussetzungen des § 459 Abs. 2 auch eine Qualitätsangabe erblicken. Das Gesetz will aber im § 468 eben den Größenmangel eines Grundstücks immer als bloßen Quantitätsmangel mit den Folgen des Qualitätsmangels aufgefaßt und hierauf die §§ 463 ff. angewandt wissen. Die Ursache für eine solche Bestimmung kann man u. E. auch darin sehen, daß die Größe eines bestimmten Grundstücks

[156] Wir sehen hier wieder deutlich, daß sich das BGB. an eine Bestimmung des gemeinen Rechts anlehnt. Auch dort gaben die Quellen, wie wir oben S. 20 ausgeführt haben, besondere Vorschriften über die Größe des Grundstücks als Eigenschaft desselben. Es tritt jedoch u. a. insofern ein bedeutsamer Unterschied bei Behandlung dieser Frage hervor, als im gemeinen Recht eine Vermutung dafür bestand, daß die Größe bei Angabe eines Flächenmaßes wirklich zugesichert war, während es nach bürgerlichem Recht Tatfrage bleibt, ob in der Angabe einer Größe eine Zusicherung oder nur eine katastermäßige Bezeichnung liegt (vgl. R. G. im J. W. 03, B. S. 125 und Zentralbl. für F. G. Bd. V S. 182; Planck S. 379; Staudinger S. 543, Eccius S. 336.

immer ein Merkmal ist, das sie von anderen Grundstücken gleicher Ertragsfähigkeit usw. unterscheidet, und zwar deshalb, weil die physische Existenz des Grundstücks gerade auf seinem räumlichen Umfange beruht, und eine Sache immer auch qualitativ verändert wird, wenn ein Teil derselben nicht vorhanden ist.[157] Die Haftung des Verkäufers von Grundstücken für deren Größe tritt mithin unter den Voraussetzungen des Quantitäts- und den Wirkungen des Qualitätsmangels ein. Die Motive[158] wenden diesen Grundsatz mit Recht auch auf den Fall an, daß ein Inbegriff von Grundstücken verkauft wurde, indem sie sagen, daß in einem solchen Falle die als ein Ganzes zusammengefaßten Grundstücke für die Anwendung des Gesetzes in der Regel als ein Grundstück anzusehen seien. Da nun § 468 nur von Grundstücken spricht, so geht daraus hervor, daß Angaben über die Größe einer beweglichen Sache nicht nur Quantitätsangaben, sondern auch unter der Voraussetzung des § 459 Abs. 2 Qualitätsangaben sind.[159]

---

[157] Vgl. auch die gelegentlich der Besprechung dieser Frage im gemeinen Recht auf S. 21 dieser Abhandlung gemachten Ausführungen.

[158] Motive Bd. 2 S. 234.

[159] So z. B., wenn die bewegliche Sache einen Abgang an Maß oder Gewicht erleidet. Hier würden also die Vorschriften der §§ 463 ff. Anwendung finden können; so, wenn bestellte Bretter 8 m statt 6 m lang sind, vgl. Staudinger S. 543 Nr. 2; Cosack S. 454 Nr. 4; Oertmann S. 389 Note 4. Es haben aber sonstige Quantitätsangaben, die sich überhaupt nicht mehr auf die Eigenschaften der Sache selbst gemäß § 459 Abs. 2 beziehen, hiermit nichts zu tun, z. B. wenn 80 statt 100 Bretter geliefert wurden. Wenn die vom Verkäufer gelieferte Ware hinter einer derartigen reinen Quantitätsangabe zurückbleibt, so kommen nicht die Gewährleistungsvorschriften für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften, sondern die Regeln, welche für den Lieferungs-

Es ist nun aber endlich darauf hinzuweisen, daß man die Anwendbarkeit der §§ 459, 463 BGB. ff. nicht für so ausgedehnt halten darf, um sie etwa auch in Betracht kommen zu lassen, wenn nicht mehr eine mangelhafte Sache, sondern überhaupt eine andere Sache als die vom Käufer gewollte geliefert worden ist. Wenn z. B. ein Faß Rüdesheimer verkauft worden ist, wobei der Verkäufer zugesichert hat, daß es Rüdesheimer 1885er sei, und es wird Rüdesheimer 1886er geliefert, so fehlt der gelieferten Sache eine zugesicherte Eigenschaft, nämlich die, daß sie 1885er sei. Hier würden also die Regeln des § 459 Abs. 2 ff. BGB. Anwendung finden. Anders dagegen, wenn nach Abschluß jenes Kaufes statt eines Fasses Wein ein Faß Bier geliefert würde. Dann hätte die Kaufsache doch sicher nicht die zugesicherten Eigenschaften. Trotzdem aber würden nicht die Vorschriften der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB. Anwendung finden; denn es handelt sich hier nicht nur um vorliegende Mängel, sondern überhaupt um Lieferung einer ganz anderen Sache; es greifen vielmehr die allgemeinen Regeln der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge nach §§ 323 ff. BGB. Platz. Hier ist nicht eine fehlende Eigenschaft der Grund zur Erzeugung eines Anspruchs auf seiten des Käufers, denn das, was der Sache, die dem Käufer geliefert worden ist, fehlt, ist nicht ein Merkmal der Sache, sondern dem Käufer fehlt die Sache selbst, weil er überhaupt keinen Wein erhalten hat. Schwieriger wird diese Frage beim Gattungskauf besonders dann, wenn es sich nicht genau

---

verzug des Verkäufers gelten, zur Anwendung (so auch mit Recht Cosack S. 454 Nr. 4).

feststellen läßt, ob die gelieferte Sache bloß zu einer anderen Gattung gehört und der zugesicherten Eigenschaft entbehrt, oder bereits ein *aliud* geliefert worden ist, d. h. der Vertrag überhaupt nicht erfüllt worden ist, z. B. dann, wenn statt Rüdesheimer 1885er Assmannshäuser 1886er geliefert worden ist, wobei man immerhin zweifeln kann, ob hier ein *aliud* oder bloß eine mangelhafte Sache anderer Gattung von Rheinweinen geliefert worden ist, und wir voraussetzen, daß die Lieferung einer anderen Gattung noch nicht die Lieferung eines *aliud* bedeutet.[160]

Schließlich sei noch ein Fall aus der Praxis erwähnt, in dem ein Verkäufer dem Käufer zugesichert hatte, daß ein Dritter dem Käufer die für die Benutzbarkeit der verkauften Sache erforderlichen Requisiten (Bilder für ein Panorama) liefern werde. Das Reichsgericht hat hier entschieden, daß hier eine Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. nicht vorliege, daß vielmehr die allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge gemäß § 323 ff. ebenfalls in Betracht kämen, oder auch die Vorschriften des § 437 BGB. über die Haftung des Verkäufers für den Bestand des verkauften Rechts, falls der Verkäufer das eventuelle Recht auf Lieferung der Requisiten gegen den Dritten zediert haben würde.[161]

---

[160] Vgl. Staudinger S. 503 Nr. 6; Düringer-Hachenburg Bd. III S. 81; R. G. bei Staudinger S. 555 h D. J. Z. 1906 S. 146.

[161] Vgl. R. G. vom 21. 2. 02 im Recht 02 S. 180 und J. W. 02 B. S. 213.

3. Das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften.

§ 13.

a. Allgemeines.

Wir gaben im Obigen eine Darstellung der Begriffe „Zusicherung" und „Eigenschaft" gemäß §§ 459 ff. BGB. Im Folgenden soll nun die Rechtslage dargestellt werden, die nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches entsteht, wenn die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache fehlen. Wir erkennen auch hier sofort, daß das Bürgerliche Gesetzbuch seine Bestimmungen, die diese Frage betreffen, auf denen des gemeinen Rechts aufgebaut hat. Im § 462 BGB. heißt es zunächst: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen." Das BGB. sagt ferner im § 463, der eigentlichen *sedes materiae:* „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen." Wie nun im gemeinen Recht ein dreifacher Anspruch aus der Nichtgewährleistung der *dicta et promissa* erwächst, nämlich die *actiones redhibitoria, quanti minoris* und *empti,* so ist auch, wie wir sehen, der Käufer nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches berechtigt, statt der Wandelung und Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wie wir endlich im gemeinen Recht eine Zweiteilung vornehmen mußten nach den beiden

Rechtsquellen, denen die Ansprüche des Käufers beim Fehlen der *dicta et promissa* entsprangen, nämlich dem *ius civile* und dem aedilitischen Edikt, so scheiden sich auch die Ansprüche, die dem Käufer nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches entstehen, in zwei Klassen; die eine bilden der Wandelungs- und der Minderungs-, die andere der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Die Wandelungs- und Minderungsansprüche als moderne Fortsetzung der aedilitischen Ansprüche beruhen auf der Gewährleistungspflicht des Verkäufers; der Schadensersatzanspruch ist gegeben, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, gleich der ehemaligen *actio empti* auch wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages.[162] Gerade diese letztere aber ist gemäß § 463 eine besondere Wirkung des Falles, daß zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache fehlen und ist daher nur allein des Näheren von uns zu berücksichtigen.

---

§ 14.

b. Der Zeitpunkt des Fehlens der zugesicherten Eigenschaften.

Bevor wir auf eine Erörterung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, einer besonderen Wirkung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf, eingehen, haben wir vorerst noch zu fragen, zu welchem Zeitpunkt die zugesicherten Eigenschaften fehlen müssen, um den Schadensersatzanspruch hervor-

[162] Vgl. auch die Ausführungen im § 18 dieser Abhandlung.

zubringen.[163] Im § 463 BGB. wird „die Zeit des Kaufes" als maßgebend hingestellt. Darunter wird man den Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages zu verstehen haben.[164] Wir sehen auch hier wiederum eine Übereinstimmung zwischen gemeinem und bürgerlichem Recht. Auch im gemeinen Recht entstand die *actio empti,* wenn die *dicta et promissa* zur Zeit des Kaufabschlusses fehlten. Zu unserer Frage bemerken nun die Motive:[165] „Die Haftung beschränkt sich auf die Zeit der Schließung des Vertrags. Die Garantie ist nicht in dem ausgedehnten Sinne verstanden, daß die Eigenschaft auch noch zu der Zeit, wo die Gefahr auf den Erwerber übergeht, vorhanden sein müßte. War zur Zeit des Vertragsabschlusses die zugesicherte Eigenschaft vorhanden, und fiel sie nachher weg, . . . so kann der Veräußerer nicht aus § 463 in Anspruch genommen werden." Wir sehen also, daß die Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz nur dann eintritt, wenn schon zur Zeit des Kaufabschlusses die Eigenschaft fehlte; war sie aber in jenem Zeitpunkte vorhanden, so zeitigt die Tatsache, daß die Eigenschaft später zur Zeit des Gefahrüberganges fehlte, für den Verkäufer nicht die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten,

---

[163] Da wir unsere Darstellungen bezüglich der Wirkungen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften nur auf den Schadensersatzanspruch beschränken, so kommt hier der § 459 Abs. 2, wo gesagt wird, der Verkäufer hafte auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat, nicht in Betracht. Der in § 459 Abs. 2 genannte Zeitpunkt ist nur für die Wandelungs- und Minderungsklage von Bedeutung.

[164] Vgl. Oertmann S. 374 Nr. 2.

[165] Motive II S. 229; Protokolle I, 688.

sondern höchstens diejenige zu wandeln oder zu mindern.[165a]

Verfolgen wir also die Entwickelung eines Kaufvertrages in seinen verschiedenen Stadien vom Beginn der Kaufverhandlungen bis zu seiner Erfüllung, so ergibt sich uns folgendes Bild: Fehlt die Eigenschaft vor Abschluß des Kaufvertrages, ist aber zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden, so haftet der Käufer nicht auf Schadensersatz, da er ja den Vorschriften des § 463 BGB. entspricht.[166] Ist die zugesicherte Eigenschaft beim Kaufabschluß vorhanden und fiel dann weg, so haftet er ebenfalls nicht auf Schadensersatz, wie wir eben aus den Motiven ersahen. Ist die zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache zur Zeit des Kaufabschlusses nicht, wohl aber zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden, so ist auch in diesem Falle der Verkäufer nicht zum Schadensersatz verpflichtet, denn da der Gesetzgeber den Schadensersatzanspruch immer nur statt der Wandelung oder der Minderung dem Käufer als ein besonderes Schutzmittel gewährt hat, so müssen

---

[165a] Eine Ausnahme zu dieser Regel können natürlich die Parteivereinbarungen insofern festsetzen, als der Käufer sich vom Verkäufer zusichern läßt, daß eine bestimmte Eigenschaft, die noch beim Kaufabschluß fehlte, zur Zeit des Überganges der Gefahr vorhanden ist. Näheres hierzu siehe auf S. 86 dieser Abhandlung.

[166] Es ist jedoch zu bemerken, daß es Eigenschaften gibt, die auch schon vor Abschluß des Kaufvertrages, ja schon vor Beginn der Kaufverhandlungen überhaupt vorhanden sein müssen, wenn der Verkäufer durch sie seine Verpflichtungen erfüllt haben will, nämlich bei solchen Eigenschaften, die nur in der Vergangenheit liegen können, so z. B. wenn ein Antiquitätenhändler einen Stock verkauft mit der Zusicherung, er sei der Spazierstock Lessings gewesen (vgl. auch aus der Praxis R. G. Bd. 52 S. 2 ff. und in J. W. 05 S. 389).

zur Erzeugung dieses Schadensersatzanspruchs in zeitlicher Hinsicht auch die Voraussetzungen für die Gewährung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs vorliegen. Da nun mit dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges nicht einmal die Wandelungs- oder Minderungsansprüche einen Grund haben, so ist auch für die Schadensersatzklage hier kein Platz.

Der Verkäufer haftet, wenn nicht besondere Parteivereinbarungen entgegenstehen, eben nur dann auf Schadensersatz, wenn sowohl zur Zeit des Kaufabschlusses als auch zur Zeit des Gefahrüberganges der Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft fehlte. Selbstverständlich haftet der Verkäufer auch dann nicht, wenn die Eigenschaft erst nach dem Übergang der Gefahr auf den Käufer wegfiel; denn er hat ja auch hier seiner Gewährleistungspflicht durch Lieferung einer Sache, die mit einer zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandenen Eigenschaft versehen ist, Genüge getan. Daher kommen übrigens auf solche Fälle, wo der Verkäufer verspricht, daß eine zur Zeit des Kaufabschlusses und Gefahrüberganges vorhandene Eigenschaft auch für die Zukunft fortdauern solle, nicht die Vorschriften der §§ 459 ff. zur Anwendung.[167]

---

[167] Vgl. Schröder S. 81; R. G. bei Gruchot 51 S. 935 und im Recht 08 Nr. 45 S. 9; Schollmeyer in Iherings Jahrbüchern 49 S. 98. Siehe dagegen Dernburg S. 63, sowie J. W. 03 Beilage S. 8 und Recht 08 Nr. 1 S. 9 Nr. 45.

c. Ausschluß der Haftung.

§ 15.

α. Kenntnis des Käufers vom Fehlen der zugesicherten Eigenschaften.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinem Gewährleistungsrecht beim Kauf Tatbestände aufgestellt, die zur Vernichtung der Gewährleistungsansprüche führen. Es sei im Folgenden über den vernichtenden Einfluß dieser Tatbestände, insbesondere auf den Schadensersatzanspruch im § 463 BGB. wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften gehandelt. § 460 Satz 1 BGB. bestimmt: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel beim Abschlusse des Kaufes kennt." Da wir schon oben auch den Fall des Fehlens zugesicherter Eigenschaften als Mangel einer Kaufsache gekennzeichnet haben,[168] so verliert der Käufer seine Gewährleistungsansprüche und somit auch seinen Anspruch auf Schadensersatz. Diese Folgerung wird auch gestützt durch die Antithese, die das Gesetz im zweiten Satz des § 460 macht. Hier ist von einem Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art die Rede. Also hält das Gesetz auch im § 459 Abs. 2 einen Mangel für vorliegend, sonst würde es einfach „§ 459" gesagt haben. Aus dem eben angeführten Satz 2 des § 460 ist auch zu entnehmen, daß grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Fehlen der zugesicherten Eigenschaften den Verkäufer nicht entlastet, denn das BGB. sagt: „Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs. 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt

[168] Siehe S. 73 dieser Abhandlung.

geblieben, so haftet der Verkäufer, sofern er nicht die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat.“ Auch diese Vorschriften stimmen mit denen des gemeinen Rechts über die Kenntnis des Käufers überein.

An dieser Stelle ist die in der Literatur viel erörterte Frage zu beachten, ob diese soeben dargestellten Vorschriften auch für den Fall gelten, daß der Verkäufer dem Käufer eine Eigenschaft zusichert, die, wie der Käufer zwar weiß, zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden ist, die der Verkäufer aber herzustellen verspricht. Eccius[169] meint, eine solche Abrede beim Vertragsschluß würde völlig aus dem Rahmen des Gewährleistungsrechts herausfallen. Sie wäre ein Nebenvertrag, aus dem auf Leistung, wenn diese möglich sei, und bei schuldhaft unterlassener Leistung auf das Interesse der Nichterfüllung geklagt werden könne. Dernburg[170] hält nur die Vorschrift des § 460 für ausgeschlossen, sonst aber die Gewährleistungsvorschriften für anwendbar. U. E. ist der Meinung Eccius[171] zuzustimmen, da die Zusicherung einer „Eigenschaft“ niemals gleichbedeutend mit der Zusicherung der „Herstellung einer Eigenschaft“ ist. Erstere bedeutet die Zusicherung eines Merkmals, letztere die Zusicherung einer Tätigkeit, sei es, daß der Verkäufer sie selbst vornimmt oder vornehmen läßt. Die Gewährleistungsvorschriften gemäß §§ 459 Abs. 2 ff., also auch der daraus ent-

[169] Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 310.

[170] Dernburg § 184 Abs. VII [3] S. 67; ebenso anscheinend auch Cosack § 127 I 3 a und Oertmann S. 370 [4].

[171] Wie Eccius auch Planck zu § 460 S. 365. Staudinger S. 510 11 a; Schröder S. 83; Schultetus S. 14 und mit besonderer Beziehung auf § 460 Recht 08 Nr. 960.

stehende Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, beziehen sich aber nur, wie wir oben ausführten, auf Merkmale. Häufig wird man allerdings das Vorhandensein der zur Zeit des Vertragsschlusses fehlenden Eigenschaft als stillschweigend zugesichert ansehen können, besonders, wenn dies die Verkehrssitte erheischt.[172]

Anders muß sich jedoch die Rechtslage der Parteien gestalten, wenn der Verkäufer eine zur Zeit des Kaufabschlusses fehlende Eigenschaft, deren Nichtvorhandensein der Käufer kennt, zusichert, ohne ihre Herstellung zu versprechen. Hier würde der Käufer in seinen Rechten unbilligerweise stark beeinträchtigt werden, wollte man ihm die Möglichkeit nehmen, sich mit den Gewährleistungsansprüchen zu schützen. Es liegt auch kein Rechtsgrund vor, ihm hier die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 Abs. 2 ff. zu versagen. Denn es ist ja eine „Eigenschaft" und nicht die „Herstellung einer Eigenschaft" zugesichert. Es würde aber, da beide Teile das Nichtvorhandensein der Eigenschaft kennen, andererseits der Käufer seine Ansprüche verlieren. Man wird daher diesen Zwiespalt am besten dadurch lösen, daß man einen vertraglichen Ausschluß des § 460 als vorliegend erachtet.[173] Daß aber einer dispositiven Umgestaltung der Gewährleistungsvorschriften nichts im Wege steht, ergibt sich klar aus dem *argumentum e contrario* im § 476 BGB., wo es heißt: „Eine Vereinbarung, durch

---

[172] Z. B. wenn sich in einem als „neu" gekauften Tische Schrammen befinden; vgl. Cosack § 127 I 3 a; Oertmann S. 370.

[173] So auch Eccius S. 310 ff.; Planck S. 365.

welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.“

---

§ 16.

β. Vorbehaltlose Annahme der als mangelhaft erkannten Sache.

Das bürgerliche Gesetzbuch setzt als weiteren Grund für den Haftungsausschluß des Verkäufers im § 464 den Fall, daß der Käufer die Sache in Kenntnis des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft annimmt, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels vorzubehalten. Der Käufer geht hierdurch der ihm nach den §§ 462, 463 BGB. zustehenden Gewährleistungsansprüche, also auch des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung, verlustig. Die Motive[174] erklären die *ratio legis* für diese Bestimmung dahin, daß, wenn der Käufer die Vorsichtsmaßregel, sich seine Rechte vorzubehalten, nicht ergreift, vermutet werde, daß der Käufer stillschweigend auf jene Ansprüche verzichtet habe, die nach der Annahme geltend zu machen, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Es fragt sich nun, wann ein Vorbehalt als versäumt anzusehen ist. Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß der Käufer sich seine Rechte »bei« der Annahme vorzubehalten hat. Doch ist es nicht notwendig, wie auch

---

[174] Motive Bd. II S. 229.

schon das Reichsgericht[175] entschieden hat, daß die Vornahme des Vorbehalts gerade unmittelbar beim Annahmeakt selbst zu erfolgen habe. Es muß nur, wenn vor der Annahme ein Vorbehalt der Rechte erfolgte, erkennbar sein, daß der Wille des Käufers dahin geht, den Vorbehalt auch nach der Annahme als fortdauernd anzusehen.

Was ist aber nun die Annahme, bezw. wann ist die Annahme als geschehen anzusehen? Man wird hier u. E. die Annahme als die Duldung des Käufers erklären können, daß ihm die Sache übergeben werde, wobei er das Bewußtsein und die Billigung erkennen läßt, daß er die Verpflichtung des Verkäufers als erfüllt betrachtet. So meint auch Oertmann[176], die Tatsache der vollzogenen Übergabe für sich sei noch keine Annahme; es werde Annahme als Erfüllung gefordert. Beim Grundstückskauf ist es zweifelhaft, ob unter dem Zeitpunkt der Annahme schon derjenige der Übergabe oder erst derjenige der Vollziehung der Auflassung zu verstehen sei. Crome[177] hält es für gleichgültig, welcher dieser beiden Akte zuerst erfolgt; mit dem ersten sei die Annahme vollzogen. Dieser Ansicht Cromes ist zuzustimmen, besonders mit Rücksicht auf § 446 Abs. 2, woselbst die beiden Erfüllungsakte gleichgestellt werden, insofern, als der Gefahrübergang an den Akt geknüpft ist, der zuerst eintritt.[178]

---

[175] R. G. Bd. 58, 67.

[176] Oertmann S. 219 zu § 363; ebenso Stahl S. 35.

[177] Crome S. 451 Anm. 54.

[178] Vgl. Staudinger S. 528 5b; Planck S. 371 1a; Oertmann S. 377; Fischer-Henle zu § 464 Nr. 2, Leistner S. 26; R. G. in J. W. 01 S. 785, 04 S. 406; R. G. Bd. 58 S. 263, sowie auch R. G. im sächs. Archiv Bd. 15 S. 533, Kloß S. 281.

Eine Form ist für den Vorbehalt, der eine einseitige Willenserklärung darstellt, nicht vorgeschrieben; er ist dem Verkäufer oder dessen legitimierten Vertreter gegenüber abzugeben; es genügt also nicht, daß ein Laufbursche oder dgl. die Vorbehaltserklärung entgegennimmt.[179] Es ist dann die unverzügliche Absendung einer Vorbehaltserklärung an den Verkäufer selbst erforderlich und ausreichend, um das Recht des Käufers auf Schadensersatz zu wahren.[180] In dieser Erklärung ist der Vorbehalt auf eine bestimmte fehlende Eigenschaft zu beziehen; ein allgemeiner Vorbehalt genügt nicht.[181]

Es sei nun der Fall betrachtet, daß erst nach vorbehaltloser Annahme der Kaufsache der Käufer das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft entdeckt. Ist hier überhaupt ein Vorbehalt des Käufers noch nachträglich erforderlich? Das Reichsgericht[182] hat hier erkannt, es sei in der Ingebrauchnahme der mangelhaften Ware ein Verzicht auf die Wandelungsklage zu erblicken. Abgesehen davon, daß hier nur von der Wandelungsklage die Rede ist, ist darauf hinzuweisen, daß der Wortlaut des § 464 nicht auf diesen Fall paßt, denn die Kenntnis des Käufers tritt ja erst nach der Annahme ein, während im § 464 von einer Kenntnis bei der Annahme die Rede ist. Würde man ferner hier einen Vorbehalt des Käufers für notwendig erachten, so würde jeder Käufer, der eine Sache, die er für mängelfrei hält, ohne Vorbehalt annehmen würde, von vorne herein seine Rechte einbüßen.[183] Zu bemerken

[179] Vgl. Oertmann S. 377 [3a]; Staudinger S. 528 [7].

[180] Vgl. auch Planck S. 371 [1c].

[181] Siehe Staudinger, Oertmann und Planck a. a. O.

[182] R. G. 39, 43.

[183] Wie hier Oertmann S. 378 [4]; vgl. dagegen für den Fall

ist endlich, daß die Vorschriften bezüglich des Vorbehalts dispositiven Rechts sind; es können also die Parteivereinbarungen dahin gehen, daß, obwohl der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels annimmt und sogar weiter veräußert, der Verkäufer, falls dies in den Vertragsverhandlungen hervorgehoben worden ist, zur Herstellung der fehlenden Eigenschaft verpflichtet erscheint.[184] Auch sonst kann, wenn der Käufer die fehlerhafte Sache annimmt und sich nicht sofort seine Rechte vorbehält, nicht ohne Weiteres auf einen Verzicht des Käufers, wie ihn die Motive präsumieren,[185] geschlossen werden; es kann z. B., worauf Oertmann[186] hinweist, der Käufer in die Zwangslage kommen, zur Vermeidung größerer Nachteile oder Unannehmlichkeiten die gelieferte fehlerhafte Ware in Ermangelung von etwas Besserem weiter zu benutzen, z. B. wenn minderwertige Weine auf der Festlichkeit, zu der sie bestimmt sind, in Ermangelung besserer Verwendung finden. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob ein Vorbehalt auch dann möglich ist und den Käufer zu schützen vermag, wenn, wie beim Kleinkauf,[187] der obligatorische Abschluß des Kaufs und die dingliche Eigentumsübertragung, also Vertrag und Annahme unmittelbar miteinander in Verbindung stehen, und der Käufer das Fehlen der zugesicherten

der Weiterveräußerung der als mangelhaft erkannten Sache Goldmann-Lilienthal S. 502 Anm. 3; Laband, Archiv 74 S. 35; Staudinger S. 529 c.

[184] Vgl. auch Schröder S. 25 und die Ausführungen auf S. 86 dieser Abhandlung.

[185] Siehe oben.

[186] S. 378 Abs. 4.

[187] Z. B. beim Kauf einer kleinen Quantität Zigarren, die sofort bezahlt und mitgenommen werden.

Eigenschaften kennt. Endemann[188] meint, daß auch hier durch den Vorbehalt sämtliche Ansprüche des Käufers erhalten bleiben könnten. Jedoch wird man dabei nicht über den § 460 BGB. hinwegkommen. Denn wenn der Käufer schon beim Abschluß des Kaufvertrags den Mangel kennt, so ist dieser Fall nur eine Unterabteilung des § 460; dort hat der Verkäufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft nicht zu vertreten; ein Recht gegen den Verkäufer besteht also gar nicht; folglich kann es auch vom Käufer nicht vorbehalten werden.[189]

§ 17.

γ. Der Pfandkauf.

In § 461 bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch, daß der Verkäufer einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten habe, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird. Diese Vorschrift ist für unsere Abhandlung von besonderem Interesse, weil die wichtigste Streitfrage in § 461 gerade die Anwendbarkeit desselben auf den Fall des Fehlens zugesicherter Eigenschaften betrifft.

Nach der Ansicht Plancks[190] will der § 461 nicht die Haftung des Verkäufers gemäß § 459 Abs. 2 BGB.

---

[188] S. 993 Anm. 31 a. E.

[189] So auch Schröder S. 25.

[190] Planck S. 365 zu § 461 1b; ebenso auch Crome Bd. II S. 453 Anm. 75.

ausschließen, sodaß also auch bei einem Pfandkauf der Verkäufer immer für seine Zusicherungen einzustehen habe; Planck gibt allerdings zu, daß der § 461, da das Gesetz sonst[191] unter Mangel auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft begreift, seinem Wortlaut nach auch die Haftung aus einer Zusicherung des verkaufenden Pfandgläubigers ausschließt; er sucht seine Ansicht aber durch den Hinweis darauf zu begründen, daß der Pfandgläubiger nicht gehindert sein dürfe, dem Erwerber eine Zusicherung im Sinne und mit den Wirkungen der gesetzlichen Vorschriften über die Haftung aus einer Zusicherung zu erteilen; denn die Vorschrift solle nur den Pfandgläubiger vor einer von ihm nicht gewollten Haftung bewahren. Man dürfe daher den § 461 nur auf die gesetzliche Haftung des Verkäufers beziehen.

Dagegen meint Eccius, es deute zwar der Wortlaut im § 461 auf einen Haftungsausschluß auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften hin. Trotzdem sei es möglich, daß bei dem Verkauf des Pfandes der verkaufende Pfandgläubiger mit dem durch die Versteigerung zu findenden Ersteher der Pfandsache sich in ein selbständiges Vertragsverhältnis einlasse, wodurch er sich verpflichte, diesem für eine bestimmte Eigenschaft der Sache einzustehen. Ebenso sagt auch Oertmann[192], die Bestimmung des § 461 sei nur dispositiv, einer vertragsmäßigen Übernahme der Haftung stehe nichts im Wege; diese sei aber nicht in jedem Falle als vorliegend anzusehen. Stamm[193] will endlich die Haftung

[191] Siehe die §§ 460, 464 BGB. und unsere oben S. 84 dazu gemachten Ausführungen.

[192] Oertmann S. 370 1a. [193] Stamm S. 50.

für zugesicherte Eigenschaften dem einfachen Wortlaut des § 461 gemäß, ebenso wie für alle andern Mängel überhaupt, ausgeschlossen wissen.

U. E. ist Oertmann der Vorzug zu geben. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, daß, wie Oertmann auch mit Recht hervorhebt, die Gewährleistungsvorschriften beim Kauf dispositiven Rechtes sind;[194] es kann also sehr wohl die gesetzliche Haftung von den Parteien vertraglich erweitert und, wo Haftungsausschluß, wie in § 461, vorgeschrieben ist, das Einstehen für zugesicherte Eigenschaften verabredet werden. Diese Möglichkeit berücksichtigt Stamm nicht; aber auch der Ansichts Plancks ist nicht zu folgen; diese setzt sich, indem sie jede Zusicherung einer Eigenschaft der Bestimmung des § 461 BGB. entzieht, mit dessen Wortlaut, welch' letzterer doch, wenn auch nicht als einziger Faktor, bei der Gesetzesauslegung immerhin in Betracht zu ziehen ist, in Widerspruch. Eine Haftung wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaften beim Pfandkauf wird vielmehr nur dann einzutreten haben, wenn die Parteien den Zusicherungsvertrag mit der ausdrücklichen Nebenabrede abgeschlossen haben, daß der § 461 BGB. nicht wirksam sein solle.[195]

---

[194] Vgl. unsere Ausführungen auf S. 86.

[195] Wie hier im Ergebnis auch Staudinger zu 461 S. 517 Nr. 1; Kloß S. 311.

d. Der Schadensersatzanspruch.

§. 18.

α. Inhalt.

Wir haben jetzt die besonderen Wirkungen darzustellen, welche das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache nach bürgerlichem Recht zeitigt, d. h. gemäß § 463 BGB. den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung; von ihm aber wollen wir nur die Fragen erörtern, die wiederum gerade das Fehlen zugesicherter Eigenschaften hervorruft.[196]

Zuvörderst sei auf dieser Grundlage der Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung im § 463 BGB. betrachtet. Es besteht hier lebhafter Streit darüber, ob man unter Schadenersatz wegen Nichterfüllung denjenigen wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder nur den Schaden zu verstehen hat, den der Käufer gerade durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache hat. Das Reichsgericht[197] hat entschieden, daß der Käufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft der Sache sich unbedingt auf den Standpunkt stellen könne, daß der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt habe; der Käufer dürfe also den Vertrag als gänzlich unerfüllt behandeln und unter Zurückweisung der Kaufsache sein ganzes Erfüllungsinteresse, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags schlechthin begehren, ohne daß dieses Recht an die Voraussetzung geknüpft wäre, daß

[196] Es kann daher auch nicht auf die Schadensersatzlehre im allgemeinen eingegangen oder etwa erörtert werden, was überhaupt Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen bedeutet.

[197] R. G. in J. W. 02 Beil. S. 235 und 279; R. G. 52, 352 ff.

der Käufer an der Ware in mangelhaftem Zustande kein Interesse hat. Das Reichsgericht begründet seine Auffassung u. a. durch den Hinweis auf die Vorgeschichte des heutigen § 480 BGB. Dieser, der im Entwurf I den § 398 bildete, sollte in den Beratungen der zweiten Kommission antragsgemäß folgenden Wortlaut[198] haben: „Wird dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine mangelhafte Sache zur Erfüllung angeboten, so kann er nach seiner Wahl statt der Minderung unter Zurückweisung der angebotenen Leistung diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm im Falle der Nichterfüllung zustehen." Es wurden dann aber die Worte „nach seiner Wahl statt der Minderung" zurückgezogen. Hierdurch aber wäre nach Ansicht der Kommission und im Anschluß daran des Reichsgerichts im § 398 das Recht des Käufers enthalten, eine ihm angebotene mangelhafte Sache zurückzuweisen und denjenigen Schadensersatz zu verlangen, der ihm im Falle der gänzlichen Nichterfüllung des Vertrages zustände.

Eccius[199] meint dagegen, wie das gemeine Recht den Vertragsanspruch desjenigen, dem der Verkäufer, weil er es zugesichert hat, oder aus anderen Gründen aufkommen muß, nur auf das Interesse beschränke, das der Käufer am Haben einer fehlerlosen Sache habe, so bestehe nach dem BGB. das Recht des Käufers nur darin, daß der Vertrag ihm gegenüber bezüglich der Eigenschaft unerfüllt sei.

Gegen diese Beweisführung Eccius läßt sich aber einwenden, daß das Interesse, das der Käufer am

[198] Vgl. Protokolle S. 1426—28.
[199] Eccius S. 336.

Haben einer fehlerlosen Sache habe, gar keinen Gegensatz bildet zu dem Schaden wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages. Im Interesse am Haben einer fehlerlosen Sache, wie es das gemeine Recht bestimmte,[200] kann sehr wohl das Interesse wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages enthalten sein. Dies wird in dem Fall deutlich, wenn der Käufer im Hinblick auf die zugesicherte Eigenschaft den Kaufvertrag abgeschlossen hatte. Dann ist für den Käufer beim Fehlen der zugesicherten Eigenschaften der Vertrag überhaupt nicht erfüllt. Wenn man also den Schadensersatzanspruch, der nur wegen Nichterfüllung bezüglich der fehlenden Eigenschaft geltend gemacht wird, mit einem Schadensersatzanspruch aus einem andern Rechtsgebiet, wie Eccius dies bezüglich des gemeinen Rechts tut, vergleichen will, so darf der letztere Schadensersatzanspruch nicht ein solcher sein, der auch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages umfaßt. Daher kann der Vergleich Eccius' nicht überzeugen und auch nicht zur Widerlegung der Theorie des Reichsgerichts geeignet sein.

Auch nach Kipp[201] soll im § 463 BGB. unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur Schadensersatz wegen des Mangels zu verstehen sein, der sich allerdings unter besonderen Umständen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gestalten könne, namentlich, wenn es für den Käufer kein Interesse hat, die Sache nebst Schadensersatz wegen des Mangels für den Kaufpreis zu behalten.

U. E. sind jedoch Kipps Beweisgründe, die er für seine Ansicht heranzieht, durchaus nicht stichhaltig.

---

[200] Siehe oben S. 30 der Abhandlung.

[201] Gutachten, S. 288 ff.

Kipp meint nämlich zunächst, daß das Reichsgericht aus der oben dargestellten Vorgeschichte des § 480 BGB. nicht die richtigen Schlüsse gezogen habe. Der Satz, daß der Käufer wegen Angebots einer mangelhaften Sache ohne Weiteres Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen könne, und worüber nach Ansicht des Reichsgericht Einstimmigkeit in der vorberatenden Kommission geherrscht habe, bestehe nicht zu Recht. Denn es müßte, wenn man auch der Ansicht des Reichsgericht folgte, doch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft vorliegen. Mit dieser letzten Wendung schlägt Kipp sich aber selbst, denn damit läßt er durchblicken, daß, wenn zugesicherte Eigenschaften beim Kauf fehlen, die Ansicht des Reichsgericht nicht falsch sei.

Weiter sagt Kipp, daß die Behauptung des Reichsgerichts auch insbesondere daran scheitere, daß das bürgerliche Gesetzbuch im § 468 bei Zusicherung der bestimmten Größe eines Grundstücks die Wandelung nur dann zulasse, wenn das Grundstück an Größe hinter der Zusicherung so erheblich zurückbleibe, daß der Käufer an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse habe, während der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer gleichen Beschränkung nicht unterliege. Er müßte ihr aber nach der Idee des Gesetzes unterliegen, wenn er immer Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit wäre. U. E. konnte Kipp der Theorie des Reichsgerichts keine bessere Stütze bieten als den § 468 BGB. Es läßt sich aus ihm nämlich weit eher das genaue Gegenteil zu der Kippschen Behauptung entnehmen. Indem nämlich der Schadensersatzanspruch

im § 468 BGB. nicht den Beschränkungen wie die Wandelung unterliegt, kann sich der Grundstückskäufer, der Schadensersatz begehrt, ohne weiteres auf den Standpunkt stellen als ob überhaupt nicht erfüllt sei; ein Nachweis des Interesses an dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften wird nicht verlangt. Würde das Gesetz im § 468 den Schadensersatz nur wegen des Mangels gemeint haben, so hätte es im § 468 oder § 463 erklären müssen, daß der Käufer nur dann, wenn er an der Lieferung der Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft kein Interesse habe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit begehren dürfe. Da eine solche Bestimmug aber fehlt, so ersieht man daraus deutlich, daß hier nur der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gemeint sein kann.

Am weitesten geht in der Bekämpfung der reichsgerichtlichen Anschauung Oertmann.[202] Er sagt, wegen des Mangels, der in dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft liege, sei nicht nur nicht die ganze Verbindlichkeit des Verkäufers, sondern überhaupt keine Verbindlichkeit des Verkäufers unerfüllt geblieben, es stehe nur eine gesetzliche Haftung in Frage. Diese Meinung Oertmanns ist jedoch entschieden zu bestreiten. Es würde dann zunächst der Ausdruck des Gesetzes »wegen Nichterfüllung« keinen Sinn haben, und Oertmann gibt auch zu, daß dieser ein bedenklicher Widerspruch gegen seine Anschauung sei. Die Frage nun,

[202] Oertmann, S. 375 Abs. 5; wie Oertmann auch Düringer-Hachenburg Bd. III, S. 15; Werner, Recht 05 S. 303; Schollmeyer Jher. J. Bd. 49 S. 98 ff.; Planck, Bem. 4 zu § 463; Kipp in Windscheid II S. 700, ebenso O. L. G. Hamburg in O. L. G. S. 19 und 37.

ob schon in der Nichtgewährleistung der Mängel gemäß § 459 Abs. 1 BGB. eine wenigstens teilweise Nichterfüllung des Kaufvertrags bestehe — von deren Verneinung Oertmann bei seiner Begründung ausgeht — können wir als für den § 463 nicht zwingend, füglich dahingestellt bleiben lassen. Aber selbst, wenn man in der Nichtgewährleistung gemäß § 459, Abs. 1 BGB. eine selbst teilweise Nichterfüllung nicht zu erblicken vermag, muß man doch für den Fall des § 463 behaupten, daß hier nicht nur die teilweise, sondern auch die gänzliche Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des Verkäufers vom Gesetz gemeint ist. Hauptsächlich spricht hierfür ebenfalls der oben erwähnte schlichte Wortlaut »wegen Nichterfüllung«. Denn es muß darauf hingewiesen werden, und das ist u. E. die zuverlässigste Stütze für die Richtigkeit der höchstrichterlichen Auffassung, daß, wenn, wie auch der § 468 lehrt, der Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung vom Gesetzgeber hätte eingeschränkt werden sollen, dieser doch wohl, wie auch sonst, sich solcher Ausdrücke bedient hätte, die darauf hindeuten, daß hier nicht der ganze Umfang des Schadensersatzes platzgreifen sollte; so ist z. B., worauf auch das Reichsgericht mit Recht hinweist, im § 341 Abs. 2 BGB. von einem Schadensersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung die Rede. Andererseits wollen aber die §§ 280, 286, 325, 326 BGB. doch sicher einen Schadensersatzanspruch vorschreiben, in welchem auch ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit enthalten ist.

Aus allen diesen Gründen glauben wir der Theorie des Reichsgerichts folgen und im § 463 BGB. einen

Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit erblicken zu müssen.[203]

Damit ist aber nicht gesagt, daß der Käufer stets verpflichtet ist, seinen Schaden nur in dem vom Gesetz ihm gewährten weiten Umfange geltend zu machen. Denn in dem Schadensersatzanspruch liegt eine Machtbefugnis, ein Recht, und im Belieben des Berechtigten steht es, sein Recht auszunutzen oder nicht. Wenn der Käufer daher will, kann er sich auch mit einem geringeren Inhalt seines ihm zustehenden Schadensersatzanspruches begnügen, d. h. er kann auch statt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nur einen Ersatz des Schadens fordern, der ihm gerade durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft erwachsen ist, und dann aber auch die Kaufsache behalten.[204] Leiendecker[205] wendet dagegen ein, daß, wenn man dem Käufer gestattet, die mangelhafte Ware zu behalten und Schadensersatz wegen des Mangels zu fordern, dem Käufer dann die Möglichkeit geboten wäre, ungerechtfertigte Vorteile aus der Pflichtvergessenheit des Verkäufers zu ziehen, z. B. wenn das Kaufobjekt nach der Übergabe im Werte steigt. Dieser von Leiendecker angeführte Gegengrund ist aber nicht überzeugend. Denn weshalb sollte der Käufer darunter leiden, daß der Verkäufer seinen vertraglichen Obliegen-

---

[203] Wie hier auch Staudinger S. 525 Abs. a; Schultetus S. 19 ff.

[204] Vgl. R. G. vom 14. 11. 1902 im Recht 1903 S. 78; R. G. in J. W. 1902 Beil. S. 235; R. G. Bd. 49 S. 51; O. L. G. Bd. 4 S. 37; Neumann (Hugo) in Bem. 2 zu § 463; J. W. 04 S. 140 R. G. Bd. 59 S. 157, Bd. 63 S. 110, Bd. 66 S. 335; ferner R. G. Bd. 62 S. 384, bei Gruchot Bd. 49 S. 889, und im Zentralbl. für F. G. Bd. VI. S. 337.

[205] In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 421—422.

heiten nicht nachkommt und eine nur mangelhafte Sache liefert? Den Gewinn aus einem Wertzuwachs des Kaufobjekts würde der Käufer außerdem auch dann erlangt haben, wenn die Sache mängelfrei gewesen wäre. Daher ist die konstante Praxis des Reichsgerichts vorzuziehen.

Es ist nun darauf hinzuweisen, daß, wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, er damit einen Gewährleistungsanspruch geltend macht; damit aber zeigt er, daß ihm an dem mangelfreien Zustande der Kaufsache gelegen sei, die er infolge des Kaufvertrages erlangt hatte, und daß er ein Interesse daran hat, den Kaufvertrag aufrecht zu erhalten, denn sonst könnte es ihm ja gleichgültig sein, in welcher Verfassung er die Sache bekäme, ob mit oder ohne die zugesicherten Eigenschaften. Damit aber ein Vertrag aufrecht erhalten werden kann, muß er gültig und darf nicht der Anfechtung und Nichtigkeit verfallen sein. Dieses Erfordernis der Gültigkeit für den Kaufvertrag, um auf seiner Basis einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu erheben, gibt uns aber nun auch zugleich ein Mittel in die Hand, um aus ihm den Inhalt dieses Schadensersatzanspruchs zu erkennen. Da nämlich seine Voraussetzung die Gültigkeit des Kaufvertrages ist, so ist damit gesagt, daß sein Inhalt niemals das negative Vertragsinteresse, sondern immer das positive Vertragsinteresse[206] bildet. Denn ersteres wird gemäß § 307 BGB. nur auf Grund eines ungültigen Vertrages gewährt, da hier von einem Ersatze des Schadens die Rede ist, den der andere Teil

[206] Vgl. auch die Ausführungen S. 31 ff. dieser Abhandlung.

dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut.[207]

Auf dem Ergebnis der Kommissionsberatungen[208] fußend, hat ferner das Reichsgericht entschieden, daß dem Käufer, der schadensersatzberechtigt ist, die Befugnis zusteht, eine nachträgliche Erfüllung, die der Verkäufer durch Hingabe einer anderen Sache vornehmen will, zurückzuweisen. Dem ist zuzustimmen, zumal dadurch das erst nachträgliche Angebot einer anderen als der vom Käufer gewünschten Sache, selbst wenn erstere in mängelfreiem Zustande ist, ein wirklicher Ersatz des Schadens, den der Käufer davon getragen hat, leicht vereitelt werden könnte.[209] Aus demselben Grunde ist der Käufer auch berechtigt, die Bezahlung der Geldentschädigung sogleich zu verlangen und braucht sich nicht erst mit einer entsprechenden Herabsetzung des erst später von ihm zu entrichtenden Kaufpreises zu begnügen.[210]

Ferner ist zu erwähnen, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung vom Käufer auch geltend gemacht werden kann, wenn er nicht mehr im Besitz des Kaufgegenstandes ist.[211]

Bei der Besprechung des Schadensersatzanspruches gemäß § 463 BGB. erhebt sich auch die Frage, ob hiermit der Käufer auch einen Anspruch auf Nachbesserung der mangelhaften Sache für den Fall habe, daß der Mangel behebbar sei, d. h. also, ob dem Käufer ein

---

[207] Vgl. hierzu auch R. G. Bd. 49 S. 422 und R. G. bei Gruchot 48, 900.

[208] Vgl. Protokolle Bd. II, 1426—28.

[209] Vgl. R. G. Bd. 52, S. 358; Staudinger S. 525 *sub d.*

[210] Vgl. R. G. Bd. 66 S. 335.

[211] Vgl. R. G. in J. W. 01 S. 140.

Anspruch gegen den Verkäufer dahin zustehe, daß dieser die mangelhafte Sache mit der fehlenden zugesicherten Eigenschaft ausstatte. Kipp[212] bejaht diese Frage; denn da überhaupt Schadensersatz verlangt werden könne, so könne gemäß § 249 BGB. in erster Linie die Abstellung des Mangels gefordert werden, denn dort heiße es: „Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ U. E. ist der Kippschen Ansicht beizupflichten, denn wenn auch das Gesetz nicht ausdrücklich einen Nachbesserungsanspruch auf Grund des Kaufrechts gewährt, so hat es damit aber nicht sagen wollen, daß der Nachbesserungsanspruch nicht als eine Folge des dem Käufer gewährten Schadensersatzanspruchs auftreten könne.

Oertmann und Staudinger[213] leugnen allerdings die Berechtigung des Nachbesserungsanspruchs; sie meinen, eine gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, einen Mangel durch Nachbesserung zu beseitigen, sei im Bürgerlichen Gesetzbuche beim Kauf nirgends festgestellt; doch behaupten dies Staudinger und Oertmann in ihren Erläuterungen zu § 462 BGB., woselbst nur ein Wandelungs- und ein Minderungs-, nicht aber ein Schadensersatzanspruch gegeben wird; der Ansicht, daß aus diesem ein Nachbesserungsanspruch entspringen könne, stehen daher auch die Ausführungen letztgenannter Autoren nicht entgegen.[214] Indem wir nun

[212] Windscheid-Kipp, S. 700 *sub c*; ebenso eine Endscheidung des Kammergerichts in O. L. G. VIII S. 65[7m] und des Reichsgerichts, R. G. Bd. 61 S. 92.

[213] Oertmann S. 373 [5a]; Staudinger S. 522 [6b].

[214] Vgl. Endemann, S. 987 Anm. 13 und 988.

so dem Käufer einen Nachbesserungsanspruch zugestehen, befinden wir uns wiederum mit den Vorschriften des gemeinen Rechts im Einklang.

Es entsteht aber weiter die Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch dem Verkäufer mit der Nachbesserungspflicht nicht auch zugleich ein Nachbesserungsrecht gegeben habe, sodaß also der Käufer die Pflicht habe, eine nachträgliche Herstellung der zugesicherten Eigenschaft zu dulden. Wenn man die Tendenz berücksichtigt, mit der das Gesetz dem Käufer einen Schadensersatzanspruch gewährt hat, nämlich dem Käufer Schutz gegen Nachteile zu verleihen, die in dem Verhalten des Verkäufers ihre Ursache haben, so wird man dazu gelangen müssen, ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers im allgemeinen zu verneinen; denn der Käufer hat, wenn er sich in solcher Lage befindet, daß er den § 463 BGB. in Anspruch nehmen darf, keine Veranlassung, dem Verkäufer entgegen zu kommen. Wenn jedoch dem Käufer mit einer erst auszubessernden Kaufsache ebenso gut gedient sein würde, so würde die Ablehnung des Käufers, auf ein Nachbesserungsangebot des Verkäufers einzugehen, gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB. verstoßen.[215]

[215] z. B. in dem auch oben S. 86 dieser Abhandlung in anderem Zusammenhange erwähnten Fall, wo jemand einen mit Schrammen versehenen Tisch unter der Zusicherung kauft, daß er »wie neu« sei, und der Verkäufer sich bereit erklärt, diese Schrammen durch Politur zu entfernen; vgl. auch die im gemeinrechtlichen Teil auf S. 39 dieser Arbeit zu jener Frage gemachten Ausführungen; ferner Motive Bd. II, S. 227; Oertmann S. 373 5b; Planck S. 369 *sub* 4; Cosack § 127 V 2; Windscheid-Kipp S. 700 c; Schröder S. 13; Dernburg § 185 Abs. IX; O. L. G. VIII, S. 65 7m; IX S. 285; R. G. Bd. 61 S. 92; R. G. in J. W. 04 S. 198, 05 S. 489; O. L. G. Frankfurt im Recht 07 Nr. 436; R. G. im Recht 07 Nr. 1141; J. W. 07 S. 300.

Eine wichtige Übereinstimmung, die das römisch-gemeine und bürgerliche Recht aufweisen, liegt ferner auch darin, daß beide Rechtssysteme den infolge des Fehlens zugesicherter Eigenschaften dem Käufer verliehenen Schadensersatzanspruch von einem Verschulden des Verkäufers nicht abhängig sein lassen und dem Käufer, auch wenn der Verkäufer das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht kannte, das volle positive Interesse gewähren. Im gemeinen Recht konnten hierüber, wie wir oben sahen, auf Grund einiger Quellenstellen immerhin noch Zweifel bestehen; heute aber ist dies unbestritten.[216]

Schließlich sei noch die für den praktischen Rechtsverkehr bedeutsame Frage nach der Beweislast betrachtet. Auch hier werden wir zu keinem anderen Ergebnis kommen können, wie im gemeinen Recht. Denn auch heute gilt der Grundsatz, daß, wer ein Recht behauptet, dies zu beweisen habe; daher muß auch derjenige, der behauptet, einer von ihm gekauften Sache fehle eine Eigenschaft, die der Verkäufer zugesichert habe, also der Käufer, den Mangel und die Zusicherung dartun. Hat jedoch der Käufer die gelieferte Sache, der die zugesicherten Eigenschaften fehlen, nicht angenommen, so trifft den Verkäufer die Beweispflicht dafür, daß er seinen Vertrag erfüllt habe, und die zugesicherten Eigenschaften vorhanden seien.[217]

---

[216] Vgl. statt anderer nur Staudinger S. 524 [6]; Oertmann S. 368 [6].

[217] Vgl. Staudinger S. 512/13 und weiter hierzu R. G. Bd. 57 S. 399; Bd. 66 S. 281—82; Bd. 52, S. 352; Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 221.

§ 19.

β. Verhältnis zum Wandelungs- und Minderungsanspruch.

In welchem Verhältnis steht nun der Schadensersatzanspruch zu den übrigen Gewährleistungsansprüchen des Käufers wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften, dem Wandelungs und Minderungsanspruch? Es fragt sich vor allem, ob der Schadensersatzanspruch mit dem Wandelungs- und Minderungsanspruch elektiv oder kumulativ konkurriere. Indem nun das bürgerliche Gesetzbuch im § 463 sagt, der Käufer könne »statt« der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, schreibt es, übereinstimmend mit dem gemeinen Recht, vor, daß der Schadensersatzanspruch mit den Wandelungs- und Minderungsansprüchen nur elektiv konkurriere;[218] von Tuhr[219] behauptet, daß der Schadensersatzanspruch auch neben der Wandelung verlangt werden könne; doch ist diese Ansicht auf Grund des klaren Wortlauts des § 463 als abwegig zu bezeichnen; auch steht die Vorgeschichte des § 463 entgegen; denn, wenn auch im § 385 des ersten Entwurfs von einem Schadensersatzanspruch »neben« dem Rechte der Wandelung oder der Minderung die Rede gewesen ist, so hat die zweite Kommission dem Antrage Folge gegeben, daß der Käufer nur »statt« des Rechtes auf Wandelung

---

[218] So auch Planck S. 370 zu § 463 Nr. 1; Staudinger S. 523 Nr. 2; Oertmann S. 376, 6 (5) b; Scherer, Schuldverhältnisse S. 537, 2 b; Meisner S. 117 Nr. 2.

[219] Vgl. D. J. Z. 01 S. 446.

oder Minderung den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen könne;[220] v. Tuhr mag zugegeben werden, daß manchmal, wie wir dies auch im gemeinen Recht beobachten konnten, der Schadensersatzanspruch im Gewande der aedilitischen Ansprüche erscheint; von einer Wandelung im technischen Sinne kann aber nicht die Rede sein, wenn der Käufer durch Erhebung der Schadensersatzklage nur sein Interesse kundgibt, gegen Erstattung des Kaufpreises und seines etwaigen weiteren Schadens von der Sache loszukommen.[221]

Daß übrigens der Schadensersatzanspruch auch preismindernde Wirkung haben kann, zeigt sich dann, wenn die Schadensersatzforderung des Käufers und die Kaufpreisforderung des Verkäufers sich im Wege der Aufrechnung einander gegenübertreten.[222]

Bezüglich des Verkaufs von Grundstücken gilt nach § 468 BGB. die Besonderheit, daß wie schon oben S. 97 im anderem Zusammenhange erwähnt wurde, der Käufer wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen könne, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat; sonst also findet eine Konkurrenz nur zwischen Schadensersatz und Minderung statt. Die Motive[223] halten eine solche Beschränkung des Wandelungsrechts durch praktische Zweckmäßigkeitsgründe für geboten, weil »die Auflösung des Vertrags meist zu großen Weiterungen und Verwickelungen

[220] Vgl. Protokolle Bd. I S. 686.

[221] Vgl. Oertmann S. 376, 6 (5) b;

[222] Vgl. auch Gruchot Bd. 49 S. 889 und Zentralbl. für F. G. Bd. 6 S. 337.

[223] Motive Bd. II, S. 234.

führe.« Entscheidend ist übrigens nicht, worauf auch Oertmann[224] hinweist, ob die Sache selbst, sondern ob die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse mehr hat, so z. B. beim Spekulationskauf, wo dem Käufer beim Sinken des Grundstückswerts an der Erfüllung des Vertrags, d. h. der Vervollkommnung des Grundstücks auf die zugesicherte Größe, und der beabsichtigten Weiterveräußerung des Grundstücks nichts mehr gelegen zu sein braucht, während das Grundstück als Garten- oder Obstland für ihn selbst noch von Wert sein kann.

Es fragt sich nun, bis zu welchem Zeitpunkte der Käufer die Wahl zwischen dem Schadensersatzanspruch einerseits und der Wandelung und Minderung andererseits hat, da ja nach Geltendmachung des einen Anspruchs der andere erlischt. Entscheidet sich nun der Käufer für die Wandelung oder die Minderung, so geht der Käufer seines Schadensersatzanspruchs erst dann verlustig, wenn die Wandelung oder die Minderung auch wirklich vollzogen sind. Wann dies der Fall ist, sagt § 465: „Die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers damit einverstanden erklärt hat.“ Die bloß einseitige Erklärung, Wandelung oder Minderung zu begehren, entzieht dem Käufer das Recht auf den Schadenersatz nicht.[225] Weigert sich der Verkäufer, sein Einverständnis zu geben, so tritt an die Stelle der Erklärung des Verkäufers das richterliche Urteil, das dem Verkäufer zu wandeln befiehlt.[226] Mit der Rechtskraft dieses Urteils

[224] Oertmann S. 388 Ziffer 2.

[225] Vgl. O. L. G. Bamberg bei Seuffert Bd. 59 S. 438.

[226] Die Beantwortung der Frage, ob dieses Urteil auf die Willenserklärung, zu wandeln, oder direkt auf Zahlung zu gehen

wird man dann die Wandelung als vollzogen und den Schadensersatzanspruch als erloschen anzusehen haben.[227]

Es erhebt sich ferner die Frage, ob etwa schon die Rechtshängigkeit der Wandelungs- bezw. Minderungsklage die Schadensersatzklage des Käufers vernichtet. Diese Frage hat jedoch an sich mit der Darstellung der materiell-rechtlichen Gewährleistungsansprüche des bürgerlichen Rechts nichts zu tun, da sie rein prozessualer Natur ist. Ihre Beantwortung richtet sich danach, inwiefern allgemein nach prozessualen Grundsätzen die Rechtshängigkeit einer Klage die Klageänderung beeinflußt. Ohne daher diesen Problemen weiter nachzugehen, sei nur bemerkt, daß bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Verkäufers zur Hauptsache auch ohne Einwilligung des Verkäufers die Zurücknahme der Wandelungsklage und Erhebung der Schadensersatzklage noch möglich ist.[228]

Hat endlich der Käufer zuerst den Schadensersatzanspruch geltend gemacht, so ist das Recht des Käufers auf Wandelung bezw. Minderung dann erloschen, wenn der Schadensersatzanspruch vom Käufer nicht mehr mit Erfolg zurückgenommen werden kann. Cosack[229] meint, dies sei schon dann der Fall, wenn der Käufer sich einseitig für den Schadensersatzanspruch entschieden habe. Allein dieser Behauptung kann man

---

hat, liegt als in der Natur der Wandelung begründet, außerhalb des uns gesteckten Zieles.

[227] Vgl. Staudinger S. 523[2]; Planck S. 375[3]; siehe aber auch Eccius, S. 331, der allerdings gerade die ihm entgegengesetzte hier vertretene Ansicht als praktisch wünschenswert bezeichnet.

[228] Vgl. § 271 Z. P. O.

[229] Cosack § 127 IV 1a; ebenso auch Kloss, S. 291 § 9.

nicht beipflichten. Denn die Vorschrift des § 263 BGB. Abs. 1, daß die Wahl durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolge, findet hier keine Anwendung, da es sich hier nicht um alternativ geschuldete Leistungen handelt.[230] Mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen wird man also dem Käufer das Recht zugestehen müssen, auch nach einseitiger Wahl des Schadensersatzanspruchs von diesem abzugehen und Wandelung oder Minderung geltend zu machen, bis der Verkäufer den Schadensersatzanspruch des Käufers erfüllt oder zu erfüllen begonnen hat.[231]

---

§ 20.

γ. Verjährung.

Zu den besonderen Wirkungen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf gehören auch die Eigentümlichkeiten, die die Regelung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs aufweist. Wir wollen zunächst vorausschicken, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum gemeinen Recht, welches, wie wir sahen, für die *actio empti* die 30jährige Verjährungsfrist vorschrieb, in dieser Hinsicht keinen Unterschied mehr zwischen dem Schadensersatzanspruch und den übrigen Rechtsbehelfen des Käufers gemäß § 463 BGB. macht; denn § 477 Abs. 1 Satz 1, die *sedes materiae,* lautet: „Der Anspruch auf Wandelung oder auf

[230] Vgl. Eccius S. 216.

[231] Vgl. Planck zu § 465 BGB. S. 375 Nr. 3, Abs. 3; Oertmann S. 376, 6 (5) a; Crome S. 471—72 Anm. 113.

Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an.“ Warum nun die drei Gewährleistungsansprüche des Käufers in derselben Frist verjähren sollen, erklären die Motive[232] einleuchtend dahin, daß der praktische Zweck der kurzen Verjährung nur unvollkommen erreicht werden würde, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Schadensersatzanspruch ausgedehnt würde.

In diesen den Schadensersatzanspruch betreffenden Verjährungsvorschriften liegt somit keine Abweichung von denjenigen der Wandelung und Minderung. Es erübrigt sich also eine nähere Beschäftigung mit ihnen. Es mag nur bemerkt werden, daß die Protokolle[233] dem in § 477 erwähnten „arglistischen Verschweigen“ den Fall gleichsetzen, wenn der Verkäufer wider besseres Wissen eine nicht vorhandene Eigenschaft zusichert, sodaß also die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten bezw. einem Jahre nur für den gutgläubigen Verkäufer gilt.

Wichtig ist für unsere Frage vielmehr nur der § 479 BGB., da sich dieser allein auf den Schadensersatzanspruch, die besondere Folge des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf, bezieht. Es heißt dort: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten

[232] Motive Bd. II, S. 240.
[233] Protokolle Bd. 1, S. 705.

Handlungen[234] vorgenommen hat.“ Es genügt also nicht, wie im § 390 BGB., daß sich die Kaufpreis- und die Schadensersatzforderungen noch unverjährt und aufrechenbar einmal gegenüber gestanden haben, um auch nach der Verjährung der Ersatzforderung noch eine Aufrechnung zu ermöglichen. Der vorberatenden Kommission[235] erschien eine derartige Regelung erforderlich, weil sonst der Zweck der kurzen Verjährung des Schadensersatzanspruchs leicht vereitelt werden, und der Käufer noch nach langer Zeit mit seinen Ersatzansprüchen hervortreten könnte. Aber diese Einschränkung der Rechte, die dem Käufer zusteht, tritt nach § 479 BGB. Satz 2 wieder nur dann ein, wenn der Verkäufer bei der Zusicherung das Fehlen der Eigenschaften nicht gekannt hat, nicht aber dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, d. h., wie wir oben sahen, wider besseres Wissen eine nicht vorhandene Eigenschaft zugesichert hat.

Es ist endlich bestritten, ob die Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage des § 479 BGB. gegenüber allen Forderungen des Verkäufers auch aus anderen Geschäften oder nur gegenüber den Ansprüchen aus demselben Geschäft, d. h. dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers, stattfinden dürfe. Staub[236] befürwortet die erstere Ansicht und meint, der § 479 wolle nur vorschreiben, daß § 390 Satz 2 durch das Erfordernis der im § 478 bezeichneten Handlungen (Anzeigen etc.) eingeschränkt sei. Die letztere Meinung,

[234] d. h. Anzeige des Mangels, Absendung der Anzeige, Antrag auf Sicherung des Beweises oder Streitverkündung.

[235] Vgl. Protokolle Bd. 1 S. 701 ff.; sowie Oertmann S. 402 Nr. 1 zu § 479.

[236] In Anm. 142 zu § 377 H. G. B.

die insbesondere von Makower[237] vertreten wird, will den § 479 dahin ausgelegt wissen, daß nach Vollendung der Verjährung der Anspruch auf Schadensersatz nur noch gegen den nicht gezahlten Kaufpreis aufgerechnet werden könnte, aber auch das nur, wenn eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vor Vollendung der Verjährung vorgenommen worden sei.[238] Ebenso hat auch das Reichsgericht[239] darauf hingewiesen, „daß in dem § 478 BGB. die Beschränkung der Einrede der Wandelung und Minderung nach Vollendung der Verjährung auf den Anspruch wegen Zahlung des Kaufpreises ausdrücklich hervorgehoben sei. Wäre § 479 nur ein weiterer Absatz des § 478, so würde diese Beschränkung auch bezüglich der Aufrechnung jedem Bedenken entzogen sein. Dem rein äußerlichen und zufälligen Umstande, daß an Stelle eines dritten Absatzes zu § 478 ein neuer Paragraph (jetzt § 479) gewählt worden sei, könne keine entscheidende Bedeutung zukommen."

Der gegenteiligen Ansicht ist zwar zuzugeben, daß der strenge Wortlaut des Gesetzes, wo von einer Beschränkung auf den Kaufpreis nichts erwähnt ist, gegen die engere Auffassung spricht. Jedoch gestattet die Denkschrift[240] wiederum nur, den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gegen den Schadensersatzanspruch des Käufers aufzurechnen, da sie andere Ansprüche nicht nennt. Oertmann[241]

[237] Im Kommentar zum H. G. B. S. 1221.

[238] So Staudinger S. 563, Nr. 4 zu § 479; und Planck zu § 479 S. 388—89 Nr. 1.

[239] R. G. Bd. 56 S. 171 ff.

[240] S. 64.

[241] Oertmann zu § 479, S. 402 Nr. 2; im Ergebnis derselben Ansicht auch Marcus, Recht 05 S. 40—41.

meint nun, auch durch die Berufung auf die Denkschrift sei die einengende Anschauung nicht genügend gerechtfertigt, da die Denkschrift nicht zur Korrektur eines an sich zweifelsfreien Textes führen dürfe. Dem ist jedoch zu entgegnen, daß einerseits auch die Wichtigkeit der Denkschrift als Gesetzeserkenntnismittel nicht unterschätzt werden darf, andrerseits aber in der engeren Auffassung nicht eine Korrektur des Gesetzes, sondern nur eine Interpretation liegt. U. E. verdient aber die vom Reichsgericht vertretene Anschauung auch deshalb den Vorzug, weil sie die Rechte des Käufers am meisten beschränkt. Dies aber ist, wie wir oben sahen, die Tendenz des § 479. Indem wir also der engeren Interpretation folgen, bleiben wir sicher im Geiste des § 479 BGB.

---

4. Besonderheiten.

§ 21.

a. Besonderheiten des Kaufs nach Probe.

Die Betrachtung des Kaufs nach Probe, den das bürgerliche Gesetzbuch als besondere Art des Kaufs im § 494 regelt, ist für unsere Frage insofern wichtig, als wir aus ihm noch einige nicht erörterte besondere Voraussetzungen für einen vom Gesetz vermuteten Tatbestand des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf entwickeln können. Den römisch-rechtlichen Quellen war der Kauf nach Probe unbekannt. § 494 BGB. aber bestimmt: „Bei einem Kaufe nach Probe

oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe und des Musters als zugesichert anzusehen.“ Die nächste Folge aus dieser Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuchs ist dann somit, daß der Käufer diejenigen Rechte hat, die ihm beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache gemäß §§ 462, 463 BGB. zustehen, wenn ein gültiger Kauf nach Probe vorliegt, und die Eigenschaften der gelieferten Sache von denen der Probe abweichen.

Wann ist dies nun aber der Fall?

Ein Kauf nach Probe ist als geschlossen zu erachten, wenn mit dem Kaufvertrage die Nebenabrede verbunden wurde, daß die gekaufte Sache die Eigenschaften einer vorher gegebenen Probe besitzen solle. Der Umstand, daß beim Abschlusse eines Kaufs eine Probe vorgelegt wurde, macht diesen noch nicht zum Kauf nach Probe, sondern letzterer kommt durch die Einigung beider Vertragsteile darüber zustande, daß die gekaufte Sache der Probe entspreche. Um diese Willensübereinstimmung erkennen zu lassen, bedarf es nicht der Beobachtung einer besonderen Form.[242]

Wann fehlen nun der gekauften Sache die Eigenschaften, die das Gesetz gemäß § 494 als zugesichert erklärt, d. h. wann weicht die Kaufsache von der Probe ab? Man kann im Zweifel sein, ob man unter der Probemäßigkeit der gekauften Sache eine absolute oder nur relative Gleichheit der Ware und der Probe zu verstehen hat. Das Reichsgericht hat in mehreren

---

[242] Vgl. Staudinger S. 590 1a; Planck S. 405 Nr. 2 zu § 494; Endemann S. 1009; O. L. G. Braunschweig in D. J. Z. 01 S. 120; Seufferts Archiv Bd. 37 Nr. 56; R. O. H. G. Bd. 16 S. 317.

Erkenntnissen[243] eine Probemäßigkeit schon angenommen, wenn, wie beim Kaffee, wegen Verschiedenheit der Ernten, oder bei Tuchen, wegen Nichtübereinstimmung in den Fabrikationsergebnissen, eine ganz genaue Reproduktion der Probe nicht mehr möglich, und dies beim Vertragsabschluß schon voraussehbar war. Dieser Ansicht ist auch u. E. völlig beizupflichten; eine mathematische Genauigkeit in der Übereinstimmung zweier Dinge läßt sich im Massenverkehr, der sich beim Handel, dem häufigsten Anwendungsgebiet des Kaufs nach Probe, abspielt, überhaupt nur selten erzielen; es muß daher eine Gleichheit in den wesentlichen Punkten als genügend erscheinen. So hat zutreffend auch das Oberlandesgericht Hamburg[244] erkannt, daß die Abrede, es solle »genau nach Muster« geliefert werden, dem Käufer dann keine Ansprüche gemäß § 463 BGB. verleihen dürfe, wenn er weiß, oder der Verkäufer sein entsprechendes Wissen unterstellen darf, daß eine absolute Übereinstimmung der Ware mit dem Muster unmöglich ist.

§ 22.

b. Besonderheiten des Viehkaufs.

In den §§ 481—492 hat das bürgerliche Gesetzbuch Sonderbestimmungen über das Gewährleistungsrecht

[243] R. G. Bd. 20 S. 32, Bd. 29 S. 86; Seuffert Bd. 57 Nr. 5; ferner R. G. im Recht 03 S. 17 Nr. 15; R. G. in L. Z. Bd. 2 S. 227; ebenso O. L. G. Naumburg v. 30. 4. 07 im Recht 08 Nr. 4 S. 121 Nr. 717; vgl. auch Oertmann S. 418 Nr. 3; Staub Anm. 6 im Exkurs zu § 382 H. G. B. und Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 183.

[244] In O. L. G. Bd. 3 S. 206.

beim Viehkauf getroffen, die nicht, wie die oben dargelegten Vorschriften, auf dem römischen Recht aufgebaut sind, sondern der Einwirkung des deutschen Partikularrechts ihren Ursprung verdanken. Nach dem römisch-rechtlichen Systeme unterliegt der Viehhandel — worauf auch die Denkschrift[245] hinweist — den gleichen Bestimmungen wie der Kaufvertrag über andere Sachen. Die Haftung des Verkäufers bezieht sich auf alle Fehler, die zu der für die Haftung entscheidenden Zeit vorhanden gewesen sind; außerdem steht dem Käufer ein Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung zu. Nach dem deutsch-rechtlichen System haftet dagegen der Verkäufer nur für gewisse gesetzlich bestimmte (Haupt-) Mängel und für diese nur dann, wenn sie sich innerhalb einer gesetzlich bestimmten Gewährfrist zeigen. Dieser letzteren Anschauung ist das bürgerliche Gesetzbuch im § 482 gefolgt, der die Grundlage zu den übrigen Sondervorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über den Viehkauf bildet. Diese gelten nach § 481 BGB. nur für bestimmte Viehsorten, nämlich Pferde, Esel und Maulesel, Rindvieh, Schafe und Schweine. Ferner bleiben auch die allgemeinen, dem römischen Recht entlehnten Gewährleistungsvorschriften aufrecht erhalten, soweit sich eben nicht aus den §§ 481—492 BGB. ein anderes ergibt. Der Grund dafür, daß das bürgerliche Gesetzbuch hier von den ihm sonst vorbildlichen Bestimmungen des römischen Gewährleistungsrechts abgewichen und dem deutsch-rechtlichen System gefolgt ist, liegt nach den Protokollen I S. 118 ff. darin, daß letzteres die Rechtssicherheit erhöhe und zur

[245] Denkschrift S. 65.

Abschneidung von Prozessen diene, und daß es überhaupt den Interessen der Landwirtschaft und des Viehhandels, insbesondere der Vieh verkaufenden Landwirte, besser gerecht werde.

Innerhalb unserer Abhandlung nun ist nun die Frage von Interesse, ob und inwiefern die bisher entwickelten Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Voraussetzungen und besonderen Wirkungen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf dadurch eine Abänderung erleiden, daß ein im § 481 BGB. genanntes Tier Gegenstand des Kaufs ist. Es kommt hier § 492 in Betracht, wo es heißt: „Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder sichert er eine Eigenschaft des Tieres zu, so finden die Vorschriften der §§ 487—491 und, wenn eine Gewährfrist vereinbart wird, auch die Vorschriften der §§ 483—485 entsprechende Anwendung. Die im § 490 bestimmte Verjährung[246] beginnt, wenn eine Gewährsfrist nicht vereinbart wird, mit der Ablieferung des Tieres."

Bevor wir auf den Inhalt der hier genannten Paragraphen näher eingehen, ist der Begriff der Eigenschaft in § 492 zu untersuchen. Es ist nämlich ausnehmend bestritten, ob man hier unter der Eigenschaft eines Tieres auch die Abwesenheit eines bestimmten Hauptmangels zu verstehen hat. Verneint man dies, so würde hier eine Einschränkung gegenüber dem oben[247] gefundenen Begriff der Eigenschaft vorliegen, da das Fehlen eines Hauptmangels doch sicherlich „eine tatsächliche Beziehung einer Kaufsache ist, welche nach den Ver-

[246] Von sechs Wochen.

[247] Vgl. S. 69/70 dieser Abhandlung.

kehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegt."

Stölzle[248] sucht die Meinung, daß unter „Eigenschaft" im Sinne von § 492 BGB. nicht die Abwesenheit von Hauptmängeln zu verstehen sei, damit zu begründen, daß er ausführt, es würde, wenn die Zusicherung der Freiheit von Hauptmängeln unter § 492 fiele, und eine Gewährfrist nicht ausdrücklich vereinbart wäre, die sechswöchentliche Verjährungsfrist des § 490 BGB. schon mit der Ablieferung des Tieres beginnen; es müßte der Käufer innerhalb dieser sechs Wochen Klage stellen. Da nun eine Gewährfrist nicht ausdrücklich vereinbart worden sei, so würde dem Käufer die Vermutung des § 484 BGB., daß der Mangel schon zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden gewesen sei, nicht zu gute kommen; der Käufer müßte letzteres vielmehr erst noch beweisen. Diese Konsequenzen wolle aber der Käufer eines Tieres, der sich die Abwesenheit eines Hauptmangels noch besonders zusichern lasse, nicht.[249]

Gegen diese Ausführungen Stölzles kann man nun mit Krückmann-Ströse[250] einwenden, daß, wenn die sechswöchentliche Verjährungsfrist schon mit der Ablieferung des Tieres beginnen würde, hierin noch keine Unbilligkeit gegen den Käufer enthalten ist. Denn dem Nachteil, daß der Käufer infolge der früher einsetzenden Verjährungsfrist seiner Rechte früher verlustig geht,

---

[248] Recht 04 S. 299.

[249] Wie Stölzle auch Staudinger ohne Begründung S. 586 $^{1a}\beta$; vgl. auch Neumann (Hugo) zu § 492; Fischer-Henle S. 257 Anm. 2 zu § 492.

[250] Vgl. Krückmann-Ströse S. 96—97.

steht andererseits der Vorteil gegenüber, daß der Käufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, in diesem Falle dem Vorhandensein eines Hauptmangels, statt der Wandelung auch einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, wie dies aus § 490 BGB. ausdrücklich hervorgeht. Ferner wird der Schaden, welcher nach Stölzles Ansicht daraus entstehen könnte, daß ihm die Vermutung des § 484 nicht zur Seite steht, durch den Umstand wieder wettgemacht, daß der Käufer nicht die Vorschrift des § 485 BGB. zu beobachten, d. h. den Mangel dem Verkäufer nicht anzuzeigen braucht.

U. E. ist aber nicht nur in dem Fall, daß eine Gewährfrist *nicht* vereinbart wurde, die Möglichkeit vorhanden, den Eigenschaftsbegriff auf die Freiheit von Hauptmängeln zu beziehen, sondern die Freiheit von Hauptmängeln ist auch dann dem Eigenschaftsbegriff im § 492 BGB. einzuverleiben, wenn eine Gewährfrist vereinbart wurde. Wenn nämlich bei der Zusicherung einer Eigenschaft eine Gewährfrist vereinbart wird, finden nach § 492 Satz 1 die Vorschriften der §§ 483—485 entsprechende Anwendung. Bezieht man nun den Eigenschaftsbegriff nur auf die Abwesenheit von nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlern und das Vorhandensein von Vorzügen, so hätte man annehmen können, es habe die Vorschrift des § 485 nur für die Wandelung, als den Ausdruck für die von selbst durch das *Gesetz* eintretende Haftung für das Fehlen von Hauptmängeln, Geltung; wenn aber das Fehlen von Hauptmängeln zugesichert worden wäre, so fände auf den dann dem Käufer erwachsenden Schadensersatzanspruch, als den Ausdruck für die Folge der außer-

dem vom Verkäufer besonders übernommenen vertraglichen Haftung aus der Zusicherung, der § 485 keine Anwendung, und es würde bei den allgemeinen Vorschriften der §§ 459 Abs. 2, 463 ff., 479 verbleiben, — eine Annahme, die deshalb nahe liegt, weil aus der Zusicherung eine verstärkte Haftung des Verkäufers hervorzugehen pflegt, infolge deren dann hier die Anzeige seitens des Käufers nicht notwendig wäre, um dessen Rechte zu wahren. Daß aber das Bürgerliche Gesetzbuch die Tendenz hat, beim Viehkauf die Rechte des Käufers einzuschränken, zeigt § 490 Abs. 1 Satz 1, woselbst die Minderung nicht erwähnt ist. Dies läßt sich aber nur für die Minderung folgern. Daraus würden wir jedoch noch nicht schließen dürfen, daß § 485 auch bei der auf dem Zusicherungsvertrage mitberuhenden Haftung wirksam sei. Da nun § 492 BGB. ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 485 für den Fall vorschreibt, daß eine Gewährfrist vereinbart wurde, so ist § 492 auch notwendig auf das Fehlen von Hauptmängeln zu beziehen, um dann daraus entnehmen zu können, daß der Käufer auch im Falle einer vertraglichen Zusicherung der Freiheit von Hauptmängeln zur Anzeige des Mangels verpflichtet sei, wenn er seine Rechte wahren will.[251]

Da wir somit auch die Freiheit von Hauptmängeln als eine Eigenschaft auffassen, die gemäß § 492 BGB. beim Viehkauf Gegenstand einer Zusicherung ist, so folgt hieraus zunächst, daß die Zusicherung der »Gesundheit« eines Tieres, die im Viehhandel eine wichtige

[251] Im Resultat wie hier, wenn auch ohne Begründung, Planck zu § 492, 1a γ S. 403; Oertmann zu § 492 S. 416, 2b Abs. 3; Crome S. 477, 1a.

Rolle spielt, in jedem Falle eine »Eigenschaft« des Tieres darstellt, mögen nun die Parteien unter der Gesundheit das Fehlen von Haupt- oder von Nichthauptmängeln oder einen Vorzug gemeint haben.[252]

Ebenso ist natürlich auch die Trächtigkeit eines Tieres, die ebenfalls im Viehhandel häufig den Gegenstand einer Zusicherung bildet, als Eigenschaft gemäß § 492 BGB. anzusehen, wobei außerdem, was nach § 486 BGB. gestattet ist, eine besondere Gewährfrist bis zum Ablauf der normalen Trächtigkeitsdauer vereinbart zu werden pflegt. Es wird hier also meistens § 492 Satz 1 zur Anwendung gelangen.[253]

Wir sehen somit, daß der Begriff der „Eigenschaft" im Viehgewährschaftsrecht von seinem umfassenden Geltungsbereich nichts eingebüßt hat. Die Bestimmungen des Viehkaufs weisen jedoch in anderen Beziehungen bedeutsame Abweichungen von den Vorschriften auf, die das Bürgerliche Gesetzbuch über das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kauf erlassen hat. Während den Käufer, wenn er das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft mit der Schadensersatzklage geltend machte, die Beweislast traf, daß schon zur Zeit des Kaufs die Eigenschaft fehlte, wird, falls eine Gewährfrist vereinbart wurde und innerhalb derselben sich ein Hauptmangel zeigte, gemäß § 484 BGB., wie bereits erwähnt, vermutet, daß der Mangel schon zu der

---

[252] So auch Zitzlaff, Recht 04 S. 42; vgl. aber Stölzle im Recht 04 S. 299 ff. und Hirsch im Recht 04 S. 476, die den Begriff „Gesundheit" nur als Eigenschaft gemäß § 492 BGB. auffassen, wenn er sich nicht auf die Freiheit von Hauptmängeln bezieht; vgl. R. G. vom 16. 5. 02 in Seufferts Archiv Bd. 58 S. 8.

[253] Siehe Näheres hierüber u. a. bei Staudinger S. 587 d, sowie bei Krückmann-Ströse S. 65 ff.

Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist bezw. der Kauf abgeschlossen wurde,[254] und zwar beginnt die Gewährfrist nach § 483 BGB. mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht.

Wie wir ferner gesehen haben, verliert der Käufer auf Grund des § 485 BGB. die ihm wegen des Vorhandenseins von Hauptmängeln zustehenden Rechte, wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder, falls das Tier vor dem Ablauf der Frist getötet oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Tieres den Mangel anzeigt. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf die besondere Wirkung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften, den Schadensersatzanspruch. Der Anzeige selbst stehen die Absendung der Anzeige, Klageerhebung, Streitverkündung oder der Antrag auf Beweissicherung gleich. Doch fällt diese Einschränkung der dem Käufer sonst zustehenden Rechte fort, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Eine für unsere Abhandlung wichtige Sonderbestimmung des Viehgewährschaftsrechts ist auch die, daß, wenn der Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften erhebt, dieser nur mit dem Wandelungsanspruch — und zwar elektiv — konkurriert, da, wie wir oben sahen, gemäß §§ 487 und 490 die Minderung ausgeschlossen ist. Nichtsdestoweniger kann aber der Schadensersatzanspruch nach einem Erkenntnis des Reichsgerichts[255] im Gewande einer Minderung auftauchen, denn es wird dort gesagt, daß beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften

[254] Vgl. auch Krückmann-Ströse S. 55 zu § 484.
[255] Vgl. R. G. Bd. 60 S. 234, J. W. 05 S. 285.

der Minderwert beansprucht werden könne, den das gekaufte Tier wegen des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft habe. Was sodann die Verjährung des Schadensersatzanspruchs bei Viehkäufen anlangt, so bestimmt hier das Gesetz drei Abweichungen gegenüber den Vorschriften im § 477 BGB. Einmal hinsichtlich der Dauer der Verjährungsfrist, welche hier bis auf sechs Wochen herabgedrückt ist, dann aber auch bezüglich des Beginns der Verjährung. Im § 477 ist dies die Ablieferung der Sache; hier ist es der Ablauf der Gewährfrist, falls eine solche vereinbart worden ist; sonst beginnt die Verjährung übereinstimmend mit § 477 BGB. mit der Ablieferung des Tieres. Endlich schreibt § 490 Abs. 3 noch vor, daß die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz nicht der im § 479 bestimmten Beschränkung, nämlich dem Erfordernis der Anzeige etc. unterliegt. Nach dem Wortlaut des § 492 kommt nun der Absatz 3 des § 490 auch dann zur entsprechenden Anwendung, wenn bei der Zusicherung einer Eigenschaft eine Gewährfrist nicht vereinbart wurde; dies aber würde, da dann der Käufer nicht die nach § 485 notwendige Anzeige des Mangels auszuführen braucht, das Ergebnis zeitigen, daß der Käufer ohne Mängelanzeige auch noch nach Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruches mit diesem gegen den Kaufpreis aufrechnen könnte. Diese Abweichung von den Vorschriften des § 479 würde aber eine ganz unverhältnismäßige Erweiterung der Rechte des Käufers bedeuten, die dem Zwecke der Sonderbestimmungen des Viehgewährschaftsrechts, einen Schutz des Verkäufers zu bilden, zuwiderlaufen würde. Man hat daher mit Recht angenommen, daß hier ein Fassungsversehen

vorliege und sich so zu helfen gesucht, daß man als stillschweigend hinzugesetzt anzunehmen habe: „An Stelle des § 490 Abs. 3 treten jedoch die §§ 478, 479 BGB.“ [256]

§ 23.

c. Besonderheiten des Gattungskaufs.

Schließlich seien noch die Besonderheiten betrachtet, die sich für unsere Frage ergeben, wenn der Gegenstand des Kaufes eine nur der Gattung nach bestimmte Sache ist. Maßgebend ist hier § 480 Abs. 2, woselbst es heißt: „Fehlt der (nur der Gattung nach bestimmten) Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft . . ., so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.“ Es mag vorausgeschickt werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch hier wieder, indem es außer dem Schadensersatzanspruch einen Nachlieferungsanspruch gewährt, in den Bahnen des gemeinen Rechts wandelt.[257]

---

[256] Vgl. Planck S. 403, 2a zu § 492; Staudinger S. 587, 1c zu § 492; Oertmann S. 416; Schneider D. J. Z. 03 S. 100; O. L. G. Breslau im Recht 06 S. 617; für Aufrechterhaltung des § 490 Abs. 3 sind Neumann (Kottbus) in D. J. Z. 03 S. 53 und Gotthardt in Bl. f. R. A. 1900 S. 46 ff.; vgl. ferner Neumanns Jahrb. Bd. 5 S. 200 und Herter in J. W. 1906 S. 731 ff.

[257] Da der Nachlieferungsanspruch keine besondere Wirkung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften darstellt, so kann auch hier eine nähere Beschäftigung mit ihm wegfallen. Bezüglich des Wandelungs- und Minderungsanspruchs mag nur bemerkt

Nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Eigenschaft[258] wird man nun hierunter beim Kauf einer der Gattung nach bestimmten Sache auch die Zugehörigkeit der Sache zu dieser Gattung rechnen müssen, da, wie wir dies auch bereits ähnlich gelegentlich der Darstellung des gemeinen Rechts[259] ausführten, die Zugehörigkeit einer Sache zu einer bestimmten Gattung einen Vorzug bilden kann, der die Wertschätzung der Sache in den Augen des Käufers beeinflußt. Da nun aber, wie wir ferner gesehen haben, eine selbst stillschweigend ausgeführte Zusicherung voll wirksam ist, so fehlt mangels entgegenstehender Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch einer Sache, die von den Parteien der Gattung nach sogar ausdrücklich bestimmt ist, eine zugesicherte Eigenschaft, wenn die Sache der Gattung nicht angehört, mag sie auch sonst ganz mängelfrei sein und andere zugesicherte Eigenschaften aufweisen.[260]

Wir gelangen damit zu dem mit den Vorschriften des gemeinen Rechts übereinstimmenden Ergebnis, daß § 480 Abs. 2 schon dann zur Anwendung zu kommen

werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 480 die berühmte Streitfrage des gemeinen Rechts, ob die aedilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf zulässig seien, somit in bejahendem Sinne entschieden hat.

[258] Siehe S. 69/70 der Abhandlung.

[259] Siehe oben S. 51.

[260] So ist z. B., wenn 100000 norwegische Pflastersteine verkauft werden, unter der Zusicherung, daß sie weiß seien, durch die Vereinbarung der Herkunft dieser Steine aus Norwegen die gekaufte Sache nur der Gattung nach bestimmt. Werden nun 100000 schwedische Pflastersteine verkauft, so gehört diese verkaufte Sache nicht der bei dem Verkaufe stillschweigend zugesicherten Gattung an, bildet aber andererseits auch noch kein *aliud;* vgl. zu letzterem auch R. G. in D. J. Z. 1906 S. 146.

hat, wenn eine von den Parteien nur der Gattung nach bestimmte Sache ohne weitere Mängel zur Zeit des Gefahrüberganges nicht zu der vereinbarten Gattung gehört.

Für die Erkenntnis der Voraussetzungen des § 480 Abs. 2 ist ferner der Fall bemerkenswert, daß eine der Gattung nach bestimmte Sache unter der Zusicherung „genau wie gehabt" verkauft wurde. Das Reichsgericht[261] hat hier nämlich erkannt, daß eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne von § 480 Abs. 2 BGB. noch nicht fehle, wenn die unter der Zusicherung „genau wie gehabt" verkaufte Ware auf dem Transport eine Beschädigung erlitten habe, während die früher gelieferte und bezogene Ware unbeschädigt in den Besitz des Käufers gelangt sei. Dieser Entscheidung muß jedoch widersprochen werden. Denn, wenn auch zugegeben werden mag, daß die Qualität der Ware als solche, z. B. bezüglich des Stoffes und der Fabrikation nicht verändert war, so ist doch zu beachten, daß in der Zusicherung „genau wie gehabt" dann, wenn die früher gelieferte Sache fehlerlos war, zugleich auch die stillschweigende Zusicherung enthalten ist, daß die Sache frei von Fehlern sei, sodaß, wenn die Sache beschädigt an den Käufer übergeben wird, immerhin eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, nämlich die Fehlerlosigkeit.

Zu den Besonderheiten, die der Gattungskauf bezüglich unserer Frage aufweist, gehört sodann die Vorschrift, daß die zugesicherte Eigenschaft nicht, wie beim Kauf einer individuell bestimmten Sache zur Zeit des Kaufabschlusses, sondern in dem Augenblick erst fehlen muß, zu welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht.

[261] R. G. vom 20. Dezember 1903 im Recht 04 S. 76 Nr. 313.

Diese Abweichung erachten die Motive[262] einleuchtend als notwendig, weil beim Gattungskauf zur Zeit des Vertrages noch kein als mangelhaft zu bezeichnender Vertragsgegenstand vorhanden war.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der Schadensersatzanspruch des Käufers, die eine auch beim Gattungskauf besondere Wirkung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften bildet, dort außer mit den Wandelungs- und Minderungsansprüchen auch noch mit dem Nachlieferungsanspruch konkurriert und zwar wie der Ausdruck „statt" im § 480 Abs. 2 BGB. erkennen läßt, elektiv.

---

[262] Vgl. Motive Bd. 2 S. 243, sowie Oertmann S. 404/05, 2b zu § 480; Planck S. 391 [5] zu § 480; Staudinger S. 568 IVa zu § 480.

III. Schluß.

§ 24.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse.

Überblicken wir jetzt noch einmal zusammenfassend die Ergebnisse, welche wir für unsere Frage bezüglich des Fehlens zugesicherter Eigenschaften beim Kauf einer Sache in seinen Voraussetzungen und besonderen Wirkungen nach gemeinem und bürgerlichem Recht gewonnen haben, so bietet sich uns kurz das folgende Bild:

Was zunächst den Begriff der Zusicherung anlangt, so begegnet dieser uns im römischen Recht anfangs in der Gestalt der formlosen, unwirksamen *dictio* und formellen, verpflichtenden *promissio,* die beide einseitig waren. Unter dem Einfluß des *ius gentium* erlangte dann auch die *dictio* verpflichtende Wirkung. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche stellt die Zusicherung einen formlosen Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer dar. Beiden Rechtssystemen ist die Vorschrift gemeinsam, daß die stillschweigende Zusicherung haftbar mache, und daß bloße Anpreisungen nicht in den Kreis der verpflichtenden Willenserklärungen gehören. Gegenstand der Zusicherung waren im aedilitischen Edikt Eigenschaften nur der Sklaven und des Viehes, aber schon sowohl körperliche als geistige;

die römische Rechtswissenschaft dehnte den Geltungsbereich der „Eigenschaft“ sodann auf die Merkmale aller verkehrsfähigen Dinge aus, und so ist auch im bürgerlichen Recht unter der Eigenschaft einer Sache jedwedes tatsächliche oder rechtliche Verhältnis zu verstehen, welches zufolge seiner Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegt.

Fehlt nun der Kaufsache eine zugesicherte Eigenschaft, so stehen dem Käufer sowohl nach gemeinem wie bürgerlichem Recht die Ansprüche auf Wandelung des Kaufvertrags, Minderung des Kaufpreises, sowie auf Schadensersatz zu. Der Schadensersatzanspruch des bürgerlichen Gesetzbuches, dem im römisch-gemeinen Recht die *actio empti* entsprach, bildet die besondere Wirkung des Fehlens zugesicherter Eigenschaften. Er ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit. Zu seiner Geltendmachung ist nach beiden Rechten erforderlich, daß die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Kaufabschlusses fehlte, und der Käufer vom Fehlen der Eigenschaft keine Kenntnis besaß.

Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs umfaßt sowohl im gemeinen als auch im bürgerlichen Recht auch ohne Verschulden des Verkäufers das volle positive Vertragsinteresse. Der Schadensersatzanspruch konkurriert mit den übrigen Gewährleistungsansprüchen elektiv und verjährt im gemeinen Recht sowohl bei beweglichen Sachen wie bei Grundstücken in dreißig Jahren, im bürgerlichen Recht bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Grundstücken in einem Jahre.

Ist die Sache nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Käufer nach gemeinem und bürgerlichem Recht außerdem einen Anspruch auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache. Eine „Eigenschaft“ der nur der Gattung nach bestimmten Sache bildet nach beiden Rechten auch die Zugehörigkeit dieser Sache zu der bestimmten Gattung.

Besondere Bestimmungen gibt das bürgerliche Gesetzbuch endlich für den Viehkauf, die jedoch auf Anschauungen des deutschen Rechts aufgebaut sind.

Wir sehen somit, daß das bürgerliche Gesetzbuch mit wenigen Ausnahmen in der Regelung der hier zur Darstellung gelangten Fragen den Lehren seines Vorgängers, des römisch-gemeinen Rechts, treu geblieben ist.